

Tijdelijke natuur als green deal tussen economie en ecologie: van gemiste kansen naar win-win scenario's?

Hendrik Schoukens

'The first thing we do, let us kill all the lawyers!'
William Shakespeare (Henry VI)

I. Inleidend

1. 'Newt fencing' is hot in het Verenigd Koninkrijk. Meerdere bedrijven hebben er zich op toegelegd, wat aantoonde dat het een lucratieve bezigheid vormt.¹ Het gaat bij 'Newt fencing' over het plaatsen van afsluitingen op een terrein om te voorkomen dat strikt beschermde kamsalamanders ('newts') naar een projectzone zouden komen.² Deze soort is immers strikt beschermd, wat impliceert dat hun aanwezigheid de economische ontwikkeling van een gebied zou kunnen bemoeilijken. Ook in Vlaanderen wint de zogenaamde 'natuurwerende' benadering langzaam maar zeker veld. Grote infrastructuurprojecten, zoals de bouw van het Saeftinghedok³ en de Limburgse Noordzuidverbinding⁴, bijten hun tanden stuk op de EU natuurregels. Deze voorschriften staan voor velen genoegzaam gelijk aan moeilijke juridische hordes en vertragingen. Zelfs een progressieve mitigatiebenadering brengt niet altijd zoden aan de

dijk.⁵ De simpele aanwezigheid van bosmieren lijkt in staat om een projectontwikkeling te kelderen.⁶

2. Toegegeven, de 'slechte' reputatie van het natuurbehoudsrecht is wellicht niet volledig terecht. De projecten die sneuvelen voor de rechter zijn vaak illustraties van onvolkomen toepassingen van de beschermingsregels. Toch blijft het beeld hangen van een rigide kader van beschermingsregels. Meer nog, het natuurbehoudsrecht lijkt op die manier tot contraproductieve resultaten aanleiding te geven. Waar het in theorie zou moeten leiden tot natuurwinst, zorgt het er als maar vaker voor dat interessante opportuniteiten verloren gaan. Men gaat zich langs om meer indekken of beschermen tegen een mogelijke toepassing van het natuurbehoudsrecht. Projectontwikkelaars zijn erg op hun hoede wanneer er zich beschermde soorten op hun terreinen vestigen. Het veelvuldig maaien van het gebied, het verwijderen van eventuele broedsels of het gebruik van pesticiden zullen in vele gevallen voorkomen dat er zich alsnog beschermde soorten op het te ontwikkelen natuurterrein zullen vestigen. Beter géén natuur, dan juridische obstakels bij de vergunningverlening, zo lijkt de redenering.

3. Braakliggende gronden, opgespoten bouwterreinen, tijdelijke zanddepots, afgegraven terreinen, oefenen nochtans door hun ligging of kenmerken een grote aantrekkingskracht uit op heel wat zeldzame soorten. De huidige regelgeving en beleidscul-

1 Zie bv. <http://www.legacy-habitat.co.uk/newt-fencing.html> (geraadpleegd op 10 mei 2016).

2 Er is zelfs een Wikipedia-pagina gewijd aan het begrip. Zie: https://en.wikipedia.org/wiki/Newt_fencing.

3 Zie hierover meer uitgebreid: H. SCHOUKENS & H. WOLDENDORP, 'Juridische moeilijkheden bij proactieve natuurontwikkeling: een laatste reddingsboei voor het polderdorpje Doel?', *TOO* 2014, 97-118. Recent heeft de Raad van State ook het nieuwe RUP geschorst omwille van een onvolkomen toepassing van de EU natuurregels bij de tenuitvoerlegging van de mitigerende maatregelen die gekoppeld zijn aan het RUP (RvS 20 november 2015, nr. 233.000, Orleans). In enkele eerdere uitspraken had de Raad van State echter prejudiciële vragen gericht aan het Hof van Justitie omtrent de precieze juridische kwalificatie van de te implementeren natuurherstelmaatregelen (RvS 13 juli 2015, nrs. 231.933 en 231.934, Orleans).

4 RvS 29 maart 2013, nr. 223.083, vzw Natuurpunt Limburg.

5 RvS 18 februari 2013, nr. 222.543, Hermans en Weygers. Zie onder meer; P. DE SMEDT, 'Rode bosmier blokkeert uitbreiding van recreatiezone', *Juristenkrant* 27 februari 2013, 7 en H. SCHOUKENS & P. DE SMEDT, 'Soortenbeschermingsrecht. Toepassing bij ruimtelijke projecten', *NjW* 2014, 50-71.

6 H. WOLDENDORP & H. SCHOUKENS, 'De Habitatrictlijn als Doos van Pandora: Het A2-arrest van het Europese Hof van Justitie', *Milieu en Recht* 2015, 2-15; H. SCHOUKENS, 'Proactief natuurbeleid na Briels: Quo vadis artikel 6, lid 3 Habitatrictlijn?', *TMR* 2014, 403-423.

tuur lijkt deze braakliggende terreinen af te schrijven als natuurterreinen, temeer daar ze binnen een aantal jaar sowieso economisch zullen worden ontwikkeld. De mogelijkheden om natuurbeheer te promoten op privéterreinen in afwachting van hun economische bestemming op de gewest- of ruimtelijke plannen blijft op die manier onderbenut. Met de komst van het concept 'tijdelijke natuur' - dat komt overgewaaid uit Nederland - is dit niet langer het geval. Er wordt aan de grondeigenaren de zekerheid geboden dat de beschermde soorten die zich vestigen op een tijdelijk braakliggend terrein zonder veel juridische problemen kunnen worden verwijderd bij de definitieve inrichting ervan. Tijdelijke natuur wordt beschouwd als één van de exponenten van de nieuwe, meer dynamische kijk op natuurbehoud en -beheer.⁷ Het is een relatief recent natuurconcept, dat vooral in Nederland het voorwerp heeft uitgemaakt van nader ecologisch⁸ en juridisch onderzoek.⁹ De voorbije jaren zijn in Nederland reeds tientallen tijdelijke natuur-projecten opgestart. Tijdelijke natuur lijkt nochtans de ultieme paradox. Het verwijderen van natuur toestaan om de verdere ontwikkeling van natuur mogelijk te maken. Maar niet alleen de natuur heeft erbij te winnen, aldus de voorstanders van het concept. Tijdelijke natuur zorgt er ook voor dat projectontwikkelaars niet langer tijd en geld te steken in kostelijke natuurwerende maatregelen.

4. Er lijken bij tijdelijke natuur alleen maar winnaars te bestaan. In Nederland zit al zo'n 2000 hectare braakliggende terreinen onder tijdelijk natuurbeheer.¹⁰ Ook in de Verenigde Staten werkt men reeds

twintig jaar met een gelijkaardige benadering, terwijl er ook in het Verenigd Koninkrijk¹¹ en Duitsland interesse bestaat voor het concept. Nochtans blijkt er, ondanks het reeds uitgevoerde onderzoek, nog heel wat scepsis te bestaan binnen Vlaanderen. Waar Nederland reeds sinds 2009 met een duidelijk uitgewerkte beleidslijn de implementatie van tijdelijke natuur promoot, laat een Vlaamse beleidslijn op zich wachten.¹² Er rijzen immers nogal wat vragen over de juridische houdbaarheid van de Nederlandse benadering. Kan men zomaar tien jaar op voorhand een afwijking verlenen voor het vernietigen van toekomstige biodiversiteit op een braakliggend bedrijventerrein? Wat indien er zich alsnog andere soorten zouden vestigen dan verwacht. En – het ultieme horrorscenario – wat indien blijkt dat een tijdelijk natuurterrein uiteindelijk de laatste aanwezige populatie van een beschermde soort in Vlaanderen zou huisvesten? Zou een rechter alsnog akkoord gaan met de uiteindelijke economische ontwikkeling van een bedrijventerrein in zo'n constellatie?

5. Met deze bijdrage beoog ik de lezer wat meer achtergrondinformatie te verschaffen over het concept tijdelijke natuur, de ecologische onderbouwing ervan en de juridische oplossingspistes die zich kunnen aandienen. Bij de juridische analyse wordt rekening gehouden met de vigerende wet- en regelgeving, de voorliggende rechtspraakontwikkelingen alsmede de recente administratieve praktijken, zowel in binnen- als buitenland. Ook zal worden geduïd in welke mate tijdelijke natuur moet worden onderscheiden van begrippen als 'mitigatie' en 'compensatie' en welke overige randvoorwaarden best in acht wor-

7 Zie eerder: H. SCHOUKENS, A. CLIQUET & P. DE SMEDT, 'Tijdelijke Natuur. Overtreft de dynamiek van de natuur die van het natuurbehoudsrecht?', *TMR* 2010, 23-55.

8 BUREAU STROMING & L. LINNARTZ, Tijdelijke natuur en beschermde soorten: permanente winst. Een ecologische onderbouwing, 2006, augustus 2006, rapportnr. 06.2.134, 90p. Dit rapport is raadpleegbaar op de volgende website: www.innovatienetwerk.org/nl/bibliotheek/rapporten/ (geraadpleegd op 10 mei 2016).

9 H.E. WOLDENDORP & C. BACKES, 'Natuurontwikkeling door Tijdelijke natuur? Een dilemma: natuurbeschermingsregeling ontmoedigt natuurontwikkeling', *Jaurnal Fauna en Flora* 2005, 171-175; H. WOLDENDORP, 'Dynamische natuur in een statische rechtsorde', *Milieu en Recht* 2009, 134-137.

10 Voor meer informatie, zie: <http://www.innovatieagroen->

natuur.nl/nl/concepten/view/38/TijdelijkeNatuur.html (geraadpleegd op 10 mei 2016).

11 Tijdelijke natuur maakt deel uit van de nieuwe beleidsopties die Natural England, de Britse tegenhanger van 'ons' Agentschap voor Natuur en Bos, voorstelt inzake de vergunningverlening bij Europees beschermde soorten. Zie: <https://www.gov.uk/government/consultations/wildlife-licensing-comment-on-new-policies-for-european-protected-species-licences> (geraadpleegd op 10 mei 2016). De consultatie over deze nieuwe beleidsopties is ondertussen afgesloten.

12 Deze Nederlandse beleidslijn kan op de volgende website worden geraadpleegd: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2009/07/15/concept-beleidslijn-tijdelijke-natuur> (geraadpleegd op 10 mei 2016).

den genomen bij de verdere implementatie van dit concept binnen Vlaanderen.

2. Waar gaat het juist over?

2.1. Let's talk numbers

6. 40.000 hectaren extra natuur binnen een tijdvak van een tiental jaar. En dit met uitdrukkelijke steun van het bedrijfsleven. Zonder bijkomende subsidie-inspanningen. Het lijkt haast te mooi om waar te zijn. Met de trage realisatie van de beloofde extra natuur- en bosgebieden binnen Vlaanderen in het achterhoofd, zou menig Vlaamse natuurliefhebber zo'n opzet weglachen als je reinste 'dagdromerij'. Nochtans zijn dit de indrukwekkende cijfers waar men in Nederland mee schernt wanneer men het heeft over 'tijdelijke natuur'.¹³ Men vertrekt daarbij van de vaststelling dat er in Nederland tienduizenden hectaren grond door overheden of projectontwikkelaars worden verworven ten behoeve van infrastructuurprojecten, ontginningen of woningbouw. Vele van deze terreinen wachten jaren, zo niet decennia, op de definitieve realisatie van hun economische bestemming. Ook in Vlaanderen is dit het geval, zij het dat de oppervlakte uiteraard beperkter is. Het zou gaan om minstens 17.000 hectaren niet-gerealiseerde haven-, woningbouw- of ontginningsterreinen.¹⁴

7. Voor de voorstanders van het concept tijdelijke natuur is het zonneklaar. De ontwikkeling van tijdelijke natuur op deze terreinen zou een ontegensprekelijke meerwaarde inhouden voor de bedreigde biodiversiteit, die ook vandaag nog dagelijks te lijden heeft onder de steeds toenemende 'betonning' van ons landschap. Toegegeven, het gaat maar om 'tijdelijke' of 'tussentijdse' natuur. Maar alle kleine beetjes helpen in een sterk verkavelde regio waar de natuur teruggedrongen is tot de uithoeken van ons cultuurlandschap. Zeker voor dynamische

pionierssoorten, zoals de rugstreeppad, visdieven, stern en oeverwaluwen, vormen terreinen met tijdelijke natuur een welkome aanvulling op permanente natuurgebieden, waar de focus meestal ligt op stabiliteit. Een ecosysteem heeft een hoge soortenrijkdom wanneer de verschillende successiestadia (van pionier naar climax) naast elkaar voorkomen en er voldoende dynamiek is. Het huidige natuurbeheer richt zich sterk op het behoud van bestaande natuur. De natuur krijgt daardoor weinig kans om de diverse stadia van successie te doorlopen. Vooral de climax-stadia blijven over.¹⁵

8. Pionierstadia zijn inmiddels een zeldzaamheid geworden binnen ons sterk geurbaniseerd landschap. Doordat wij onze ecosystemen in hokjes hebben geplaatst - dijken aan de kust en rondom de grote rivieren, het verwijderen van ingestorte constructies - hangen heel wat pionierssoorten voor hun voortbestaan af van menselijke ingrepen in het landschap. Rugstreeppadden hebben het naar hun zin in dynamische groeumilieus, terwijl stern en voor hun voortbestaan erg afhankelijk zijn geworden van kunstmatig gecreëerde havenhabitats. Neem daarbij ook nog eens de vaststelling dat er weinig recreatieve verstoring aanwezig is binnen haven- en groeugebieden, en het wordt meteen duidelijk waarom deze zones de laatste 'safe haven' zijn geworden van een groot aantal bedreigde diersoorten. Dat vormt uiteraard een enigszins ironische vaststelling, temeer nu de aanleg van deze economische ontwikkelingszones uiteraard op zich ook reeds een grote impact heeft op de aanwezige biodiversiteit. In een meer natuurlijk landschap zou de natuur bovendien op eigen houtje zorgen voor de nodige pionierssituaties. Het herstel van riviermeanders en de creatie van overstromingsgebieden lijkt hieraan ook deels tegemoet te kunnen komen.

2.2 A focus on what is bad?

9. De premisse bij tijdelijke natuur is bedrieglijk eenvoudig. Een striktere handhaving van de natuurbeschermingswetten maakt dat projectontwikkelaars

13 X, *Green Deal Tijdelijke Natuur. Gedurfde, innovatieve samenwerking met structurele resultaten*. Bureau Strooming en InnovatieNetwerk in samenwerking met alle Green Deal-partners, 2015.

14 TRITEL m.m.w. A. VAN KREVELD & G. VAN HOORICK, *Voorbereiding op de invoering van het concept 'Tijdelijke Natuur', studie in opdracht van het Agentschap voor Natuur en Bos (ANB)*, Brussel, 2012.

15 Zie ook meer uitgebreid: BUREAU STROMING & L. LINNARTZ, *Tijdelijke natuur en beschermde soorten: permanente winst. Een ecologische onderbouwing*, 2006, augustus 2006, rapportnr. 06.2.134, 90p.

steeds meer op hun hoede zijn. Om verdere juridische complicaties te vermijden bij hun toekomstige ontwikkelingsplannen, opteren vele ontwikkelaars voor zogenaamd 'natuurwerend' beheer. Hierbij wordt alles in het werk gesteld om de vestiging van beschermde plant- of diersoorten te voorkomen op braakliggende gronden. Dit kan vrij eenvoudig, bijvoorbeeld door het terrein op geregelde tijdstippen om te ploegen of een intensief grasbeheer te voorzien. In de Verenigde Staten heeft men het over '*preemptive habitat destruction*'. Het wordt soms ook aangeduid als de '*Shoot, shovel and shut up*'-approach.

10. Een zekere meneer Cone, een landeigenaar uit North Carolina, haalde begin jaren negentig de voorpagina's van enkel kranten met het dreigement om een groot deel van de bossen op zijn eigendom te kappen.¹⁶ Dit boshabitat vormde immers het ideale leefgebied van de '*red-cockaded woodpecker*', een soort die beschermd was onder de *Endangered Species Act*. In het Verenigd Koninkrijk blijkt '*Newt fencing*', zoals gezegd, lang niet uitzonderlijk meer. Hoewel het niet duidelijk is of dit gedrag wijdverbreid is, blijkt het ook in Vlaanderen als maar vaker aan de orde van de dag. Zo is het gebruikelijk om in sommige havengebieden het broeden van meeuwen op bouwterreinen te verhinderen door de implementatie van een actief 'verjagingsbeleid', waarvan de wettigheid reeds is aanvaard door sommige rechters.¹⁷ Dat mag op zich verwonderlijk klinken. Nochtans is het logisch. De strikte voorschriften inzake soortenbehoud – die in Vlaanderen vervat zitten in het Soortenbesluit van 15 mei 2009¹⁸ – worden immers pas van toepassing zodra er effectief sprake is van de aanwezigheid van beschermde soorten op een terrein. Het weghouden van beschermde soorten is daarom niet noodzakelijkerwijs verboden, althans voor zover deze handelingen zelf niet zover gaan dat ze effectief exemplaren van een

beschermde soort doden of een bestaande populatie betekenisvol gaan verstoren.

11. De aanwezigheid van strikt beschermde soorten op braakliggende terreinen wordt eerder ervaren als een horrorscenario dan een opportuniteit of win-win-scenario. Men wil te allen prijze vermijden dat het bekomen van een bouwvergunning wordt bemoeilijkt en afhankelijk gemaakt van bijkomende compensatieverplichtingen. De slaagkansen van tijdelijke natuur hangen dan ook in sterke mate samen met de juridische houdbaarheid ervan. Tijdelijke natuur lijkt immers haaks te staan op de conservatie-benadering uit het hedendaagse natuurbeschermingsrecht, dat net gericht is op het zoveel mogelijk beschermen en behouden van de habitats en, in sommige gevallen, de individuele specimens van bedreigde soorten. Bovendien bestaat ook het risico dat natuurverenigingen een tijdelijk natuurgebied alsnog zouden 'claimen' als permanent natuurgebied, bijvoorbeeld omdat er zich Europees beschermde soorten zouden op bevinden.

12. In eerste orde lijken vooral de beschermingsvoorschriften uit het Soortenbesluit een belangrijk obstakel te vormen voor tijdelijke natuur. Van een overtreding van de voorschriften uit de artikelen 10 tot en met 18 van het Soortenbesluit is, alvast in theorie, al sprake wanneer een activiteit gevolgen kan hebben voor één individu van een beschermde soort. Het is dus voldoende om één exemplaar van een strikt beschermde soort te doden om een verboden handeling te stellen. In de praktijk zal dit wellicht niet altijd het geval zijn, althans niet voor zover het gaat om soorten zoals de kamsalamander en de rugstreeppad, die meestal met tientallen in eenzelfde poel of beek voorkomen. Meestal zal een stedenbouwkundige ingreep meteen ook impact hebben op een bepaalde deelpopulatie van strikt beschermde soorten. Dit verandert echter niets aan de hoger gedane vaststellingen. Men kan immers niet voorhouden dat voor een ruimtelijke ingreep géén ontheffing nodig zou zijn omdat slechts een beperkt aantal exemplaren van een beschermde soort zou worden gedood, verwijderd of verstoord.

13. Ook de ruimtelijke bestemming is niet doorslaggevend, al zeker niet voor EU beschermde soorten. Strikt beschermde soorten mogen evenzeer niet

16 Zie meer uitgebreid: H. SCHOUKENS, 'Habitat Restoration on Private Lands in the United States and the EU: Moving from Contestation to Collaboration', *Utrecht Law Review* 2015, 38-39.

17 Beschikking Rechtbank Eerste Aanleg Brugge 18 april 2014, zaak nr. 14/119/C. Tegen deze beschikking is nog een beroep hangende.

18 B. Vl. Reg. 15 mei 2009 met betrekking tot de soortenbescherming en het soortenbeheer, BS 13 augustus 2009.

worden gedood buiten de klassieke beschermde natuurgebieden. Praktisch bekeken houdt dit dus in dat men voor het kappen van een boom met een nest dat wordt gebruikt door een koppel velduilen in beginsel een afwijking zal moeten bekomen van de voorschriften inzake soortenbescherming. Zelfs wanneer de ontwikkeling plaats zou vinden binnen een industriezone. Dit zal evenzeer het geval zijn wanneer men enkele poelen met kamsalamanders wil dempen in een woonzone. Een dergelijke handeling houdt immers een overtreding in van artikel 14 van het Soortenbesluit dat het vernielen, beschadigen of wegnemen van nesten van beschermde vogelsoorten verbiedt.¹⁹

14. Nu laten sommige voorschriften wel enige flexibiliteit toe. Zo kan men wellicht stellen dat bepaalde ingrepen alsnog door de beugel kunnen wanneer zij slechts enkele exemplaren van een strikt beschermde soort verstoren en buiten het broedseizoen plaatsvinden.²⁰ Niettemin is de marge erg beperkt. Men kan het verstoringsverbod niet al te soepel gaan interpreteren, temeer nu de beschermingsvoorschriften zijn geschreven in functie van de bescherming van de individuele exemplaren van bedreigde soorten. Sommige nesten, die jaarlijks opnieuw worden gebruikt, zijn permanent beschermd. Ook binnen het kader van het Soortenbesluit springt men best niet al te soepel om met 'mitigatie'. Klassieke mitigatie, zoals bv. het dempen van lichtvervuiling, is aanvaardbaar. Het bouwen van nieuwe nesten of het recreëren van nieuwe rustplaatsen is géén mitigatie, maar kan enkel als compensatie worden meegenomen wanneer een

afwijking wordt aangevraagd.²¹ In het algemeen moet worden vastgesteld dat het soortenbeschermingsrecht zo is opgebouwd dat de bescherming van populaties wordt nagestreefd via individuele verbodsbepalingen. Het is pas in de tweede fase, bij het verlenen van een afwijking, dat de populatiedoelstelling meer op de voorgrond treedt. Indien er géén gevolgen zijn voor de staat van instandhouding van de lokale of regionale populatie van een soort bestaat er, normaal gesproken, géén bezwaar tegen de verlening van soortenafwijking, uiteraard mits de ingreep kan worden gekaderd binnen één van de limitatief opgesomde rechtvaardigingsgronden die opgesomd staan in artikel 20, §1 van het Soortenbesluit. Het afwijkingsregime uit het Soortenbesluit betreft een uitzonderingsregime dat toelaat dat, wanneer er géén bevredigend alternatief voorligt, het belang dat gepaard gaat met het behoud van een soort het onderspit delft tegen welbepaalde belangen, zoals bijvoorbeeld de openbare veiligheid

19 Zie meer uitgebreid: H. SCHOUKENS, A. CLIQUET & P. DE SMEDT, 'Tijdelijke Natuur. Overtreft de dynamiek van de natuur die van het natuurbehoudsrecht?', *TMR* 2010, 29-33.

20 In het verslag bij het Soortenbesluit werd hieromtrent opgemerkt dat sporadische verstoringen van een beschermd specimen niet noodzakelijkerwijs moeten worden beschouwd als een overtreding van deze bepaling. Dit lijkt sterk aan te sluiten bij de Europese richtsnoeren inzake soortenbescherming. Niet iedere handeling, die tot gevolg heeft dat een beschermde diersoort zich moet aanpassen aan de veranderde omgeving, zal als een wezenlijke verontrusting of verstoring moeten worden aangemerkt. Zie: Leidraad Europese Commissie Soortenbescherming, 38, punt 39, http://ec.europa.eu/environment/nature/conservation/species/guidance/index_en.htm, (geraadpleegd op 10 mei 2016).

21 De Europese Commissie stipt in de in vorige voetnoot vermelde leidraad aan dat enkel rekening kan worden gehouden met mitigerende maatregelen *sensu stricto*. Het kan dus enkel gaan om maatregelen die erop gericht zijn de negatieve gevolgen voor een rust- en/of voortplantingsplaats van een beschermde soort die kunnen ontstaan als gevolg van de uitvoering van een plan of project, zoveel mogelijk te beperken of zelfs geheel te neutraliseren. Dergelijke maatregelen, die deel uitmaken van een specifiek project en/of activiteit, moeten garanderen dat de voortplantings- en/of rustplaats op zijn minst dezelfde oppervlakte zal omvatten en dezelfde ecologische kwaliteit behouden. Deze aanpak zal vooral toepassing kunnen vinden bij soorten waarvan de voortplantings- en/of rustplaatsen kunnen worden omschreven als een *functionele ecologische eenheid (functional unit)*, zoals bijvoorbeeld kamsalamanders. Hier kan het dan gaan om een serie poelen en/of moerassen die een leefbare populatie kamsalamanders omvat (en waarvan een deel kan worden gekwalificeerd als rustplaats en een deel als voortplantingsplaats). In zo'n scenario hoeft een kleine, tijdelijke aantasting van één bepaalde poel (bv. voor de aanleg van een nutsleiding) niet strijdig te zijn met het beschadigingsverbod. Dit natuurlijk op voorwaarde dat door actief beheer en andere milderende maatregelen de populatie en het merendeel van hun rust- en voortplantingsplaatsen minstens intact blijven. Compenserende maatregelen kunnen niet in aanmerking worden genomen. Als compenserende maatregelen moeten worden getroffen houdt dit per definitie immers in dat de functionaliteit van de vaste rust- en verblijfplaats niet behouden kan blijven. Zie meer uitgebreid: H. SCHOUKENS & P. DE SMEDT, 'Soortenbeschermingsrecht. Toepassing bij ruimtelijke projecten', *NjW* 2014, 62-65.

of een dwingende reden van groot openbaar belang. Louter particuliere belangen – zoals bijvoorbeeld de uitbreiding van een bestaand bedrijventerrein – kwalificeren niet snel als ‘dwingende reden van groot openbaar belang’, tenzij mits grondige motivering.

15. Niet alleen het Soortenbesluit kan stokken in de wielen steken. Ook de Natura 2000-regelgeving is niet helemaal irrelevant bij tijdelijke natuur. Eén van de problemen die zou kunnen rijzen bij het werken met tijdelijke natuur is dat een gebied waarop zich gedurende een aantal jaren beschermde soorten hebben kunnen vestigen op termijn Natura 2000-waardig zou worden. Natuurverenigingen zouden kunnen claimen dat het gebied moet worden aangeduid als Natura 2000-gebied. Het is immers vaste rechtspraak van het Hof van Justitie dat de lidstaten, louter en alleen op basis van wetenschappelijke en ecologische criteria, de voor de Europeanen te beschermen soorten en habitats meest geschikte gebieden dienen aan te wijzen als Natura 2000-gebied binnen hun nationale of regionale regelgeving.²² Ook dit vormt een ‘*worst case scenario*’ voor de eigenaar van het gebied, die zich in dat geval geconfronteerd ziet met een strikter beoordelingskader bij de uiteindelijke ontwikkeling van het terrein. In het hoger aangehaalde verkennend juridisch onderzoek concludeerde ik nog dat, hoewel de rechtspraak van het Hof van Justitie inderdaad uitermate streng is, het wellicht niet zo’n vaart hoeft te lopen nu de lidstaten enkel de ‘meest geschikte’ gebieden dienen aan te wijzen als onderdeel van het Natura 2000-netwerk én dit niet gauw het geval zal zijn wanneer het gaat om een terrein dat slechts enkele jaren beschikbaar is voor tijdelijke natuur.²³ Al zeker niet wanneer er elders voldoende gebieden zijn aangeduid om de betrokken soorten in een gunstige staat van instandhouding te brengen.

22 HvJ, 2 augustus 1993, zaak nr. C-335/90, Commissie t. Spanje; HvJ, 11 juli 1996, zaak nr. C-44/95, Regina t. Secretary of State for the Environment; HvJ, 19 mei 1998, zaak nr. C-3/96, Commissie t. Nederland. Voor een meer diepgaande bespreking van deze rechtspraak, zie onder meer: H. SCHOUKENS, K. DE ROO & P. DE SMEDT, *Handboek natuurbehoudsrecht*, 2011, Kluwer, 137-143.

23 H. SCHOUKENS, A. CLIQUET en P. DE SMEDT, ‘Tijdelijke Natuur. Overtreft de dynamiek van de natuur die van het natuurbehoudsrecht?’, *TMR* 2010, 42.

16. In Nederland werd de hoger geschetste nachtmerrie enkele jaren terug realiteit. In de haven van Rotterdam was een kolonie lepelaars neergestreken op een haven- en industrieterrein dat reeds jarenlang braakliggend was. Een stuk onbedoelde tijdelijke natuur. Een Nederlandse natuurvereniging verzocht de bevoegde Nederlandse minister om het gebied alsnog aan te wijzen als een vogelrichtlijngebied omdat het zou gaan om een belangrijk gebied voor lepelaars. De minister weigerde hier echter op in te gaan. In het bestreden besluit stelde de minister zich op het standpunt dat tussen 1986 en 2005 de vogelrichtlijngebieden definitief zijn aangewezen en daarbij ook voldoende gebieden voor de lepelaar zijn aangewezen. De natuurvereniging trok naar de rechter. De Nederlandse Raad van State trad de minister uiteindelijk bij.²⁴ Met verwijzing naar de specifieke criteria die binnen de Nederlandse aanwijzingsprocedure zijn gehanteerd, stelde de Raad van State vast dat het gebied in kwestie terecht niet was aangewezen als een vogelrichtlijngebied. De Nederlandse Raad van State voerde aan dat in het betrokken geval de structurele geschiktheid van het terrein niet zou zijn gegarandeerd omdat rondom het gebied haven- en industrieactiviteiten plaatsvonden of gaan plaatsvinden. Net als de Belgische Raad van State²⁵ legde de Nederlandse Raad de nadruk op het in ogenschouw nemen van de bijzondere omstandigheden, zoals de zeldzaamheid van de soort, de locatie van het gebied (grenzend aan een groter beschermd gebied of geïsoleerd) en de mate waarin aan de soort een structurele bescherming kan worden geboden.

17. De vermelde uitspraak van de Nederlandse Raad van State toont aan dat de risico’s met betrekking tot Natura 2000 enigszins beheersbaar blijken, althans voor zover een performant instandhoudingsbeleid op poten is gezet. Nochtans zijn alle mogelijke problemen hiermee niet van de baan. Wat bijvoorbeeld indien men met tijdelijke natuur wil werken in reeds bestaande Natura 2000-gebieden? Kan dit alsnog leiden tot compensatieverplichtingen? Eerder onderzoek leek aan te duiden dat men wellicht de verwijdering van de tijdelijke natuur wel afhankelijk

24 ABRvS 21 juli 2010, 20090772/1/R2, *Milieu en Recht* 2011, 239-240, met noot J. VERSCHUUREN.

25 Zie bv. RvS 10 januari 2007, nr. 166.511, De Briej.

zal moeten maken van een voorafgaande passende beoordeling. Maar in welke mate dient men tijdelijke natuur te kaderen in het licht van de gebieds-specifieke instandhoudingsdoelen voor een gebied? Is dit überhaupt wel zinvol? En hoeft de vernietiging ervan aanleiding te geven tot compensatieverplichtingen?

18. In Vlaanderen moet men daarenboven ook nog rekening houden met de 'algemene' natuurtoets uit artikel 16 van het Decreet Natuurbehoud. Eerdere analyses hebben echter reeds duidelijk gemaakt dat er vooralsnog weinig sturende werking uitgaat van dit instrument, zodanig dat ook deze effecten-toets géén definitief struikelblok hoeft te vormen bij vergunningverlening voor tijdelijke natuurgebieden. Het staat immers zelfs potentieel schadelijkere ingrepen niet in de weg.²⁶ De specifieke regels inzake beschermde vegetaties en kleine landschapselementen, die in bepaalde gevallen ook binnen woon- en industriezones van toepassing zijn, kunnen wel leiden tot bijkomende restricties.²⁷ Ook de wetgeving inzake bosbescherming en ontbossing kan – zeker wanneer het gaat om tijdelijke natuurgebieden die gedurende meer dan tien of twintig jaar onaangevoerd blijven en aldus zullen evolueren naar bosgebieden – een sta-in-de-weg vormen voor tijdelijke natuur. Zelfs de regels van het milieuschadedecreet blijven niet volledig buiten het vizier.²⁸ Met uitzondering van de milieuschaderegels gaat het hier echter om natuurbeschermingsinstrumenten die géén EU-rechtelijke verplichtingen implementeren. Dit geeft alvast iets meer marge aan de decreet- of regelgever om specifieke uitzonderings- en vrijstellingsclausules te gaan voorzien inzake tijdelijke natuur. Een marge die minder aanwezig is met betrekking tot de EU-regels inzake strikt beschermde soorten.

26 Zie meer uitgebreid: H. SCHOUKENS, 'Natuurbescherming buiten de lijntjes: de algemene natuurtoets als imperfect antwoord op het verlies aan natuur in Vlaanderen', *TOO* 2014, 346-371.

27 Besluit van 23 juli 1998 tot vaststelling van nadere regels ter uitvoering van het decreet van 21 oktober 1997 betreffende het natuurbehoud en het natuurlijke milieu, *BS* 10 september 1998 (zoals gewijzigd).

28 Zie meer uitgebreid: H. SCHOUKENS, A. CLIQUET & P. DE SMEDT, 'Tijdelijke Natuur. Overtreft de dynamiek van de natuur die van het natuurbehoudsrecht?', *TMR* 2010, 36-40.

2.3. Naar een definitie van 'tijdelijke natuur'

19. De hoger uitgevoerde analyse heeft duidelijk gemaakt dat het wegnemen van tijdelijke natuur niet steeds in lijn licht met de klassieke interpretatie van het hedendaagse natuurbehoudsrecht. Het huidige natuurbehoudsrecht lijkt vooral gericht op het tegengaan van schadelijke handelingen eerder dan op het promoten van voor de natuur gunstige acties. Voor zover het uiteindelijk vernietigen van de natuur al niet expliciet verboden is gesteld, blijkt het in vele gevallen minstens afhankelijk van het bekomen van één of meerdere voorafgaande derogaties. Een projectontwikkelaar beschikt uiteraard niet over de garantie dat binnen tien jaar - wanneer men het gebied wenst te ontwikkelen - deze derogatie ook effectief zal worden bekomen. Net zoals een burger géén subjectief recht bezit op het bekomen van een bouwvergunning in een bouwzone, heeft een projectontwikkelaar niet de absolute zekerheid dat de betrokken administratie finaal akkoord zal gaan met de verwijdering van de tijdelijke natuur. Bovendien impliceert dit een bijkomende administratieve last die, gekoppeld aan de eventuele onzekerheid over het bekomen van de derogaties of afwijkingen, het enthousiasme voor natuurontwikkeling op tijdelijk beschikbare gronden snel kan doen bekoelen.

20. Met de invoering van het concept tijdelijke natuur zou men grondeigenaren alsnog kunnen aanzetten om dat defensief natuurbeheer te laten varen en zo de ongewenste neveneffecten van de natuurwetgeving te counteren. Hierdoor worden nieuwe kansen geboden aan de natuur op terreinen die tijdelijk niet conform hun bestemming worden gebruikt. Tijdelijke natuur houdt in dat natuurontwikkeling tijdelijk wordt toegelaten in afwachting van de definitieve ontwikkeling van het terrein. Eens het terrein economisch ontwikkeld wordt, mogen de ontstane natuurelementen weer worden verwijderd.

21. Een concrete definiëring van het concept 'tijdelijke natuur' is cruciaal. Men richt tijdelijke natuur in de eerste plaats best op dynamische soorten. Men duidt deze categorie in de ecologische termi-

nologie meestal aan als *pionierssoorten*²⁹ en *vroege soorten*³⁰. Deze soorten zijn voor hun voortbestaan immers vaak aangewezen op beschikbaarheid van voldoende geschikte of spaarzaam begroeide terreinen in havengebieden, ontginningsterreinen langs rivieren, enzovoort. Hoewel tijdelijke natuur ook een nuttige aanvulling kan vormen voor zogenaamde *latere soorten*, heeft het bij voorkeur betrekking op pionier- en vroege soorten en biotopen. Het heeft bijvoorbeeld géén zin om tijdelijke natuur te gebruiken als instrument om het gebrek aan bossen binnen Vlaanderen te counteren. Hoogstens zal er in bepaalde gevallen, bij langdurig braakliggende tijdelijke natuurterreinen, sprake kunnen zijn van bosopslag.

22. Tijdelijke natuur heeft betrekking op terreinen die in beginsel géén groene bestemming hebben. Het gaat om terreinen waar de natuur in beginsel zal moeten verdwijnen indien de stedenbouwkundige bestemming moet worden gerealiseerd. Met andere woorden, om gebieden met een niet-gerealiseerde economische of minstens niet-groene bestemming. In de Vlaamse context zal het voornamelijk gaan om zones met een stedenbouwkundige bestemming vallend in de categorieën met als gebiedsaanduiding wonen, bedrijvigheid, recreatie, lijninfrastructuur, gemeenschaps- en nutvoorzieningen, ontginning en waterwinning en de met een van deze gebieden vergelijkbare bestemmingen, volgens artikel 2.2.3, §2 van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening. In een ontwerpversie van een Vlaamse Omzendbrief inzake tijdelijke natuur sluit men tijdelijke natuur uit in natuurgebieden (waaronder natuurreservaten, parken en bossen), wegbermen en cyclische natuurterreinen (bv. overwinteringsgebieden voor win-

terganzen, rustgebieden voor doortrekkers), waar beschermde soorten zich slechts een korte periode per jaar ophouden, maar wel jaarlijks.³¹

23. Interessant is wel dat men zowel in Nederland als ook in Vlaanderen, waar de voorbije jaren in alle stilte werd gewerkt aan een Omzendbrief tijdelijke Natuur, in beginsel niet uitsluit dat tijdelijke natuur ook wordt aangewend in de context van Natura 2000.³² Dit lijkt op zich verbazingwekkend. Maar aangezien heel wat potentieel geschikte terreinen voor tijdelijke natuur zich binnen of in de buurt van Natura 2000 bevinden is dat niet zo onlogisch. Een groot deel van de bestaande haven- en ontginningsgebieden zijn immers aangeduid als Natura 2000-gebied. In de hernieuwde Nederlandse beleidslijn uit 2015 geeft men aan dat werken met tijdelijke natuur in de context van Natura 2000 in beginsel mogelijk moet zijn.³³

24. De vraag rijst of men tijdelijke natuur beperkt tot 'natuurarme' scenario's of het ook openstelt voor situaties waar er reeds beschermde vegetaties of andere natuurelementen aanwezig zijn. Zowel in Nederland als in het ontwerp van Omzendbrief dat binnen Vlaanderen voorligt wordt tijdelijke natuur niet *a priori* uitgesloten binnen zo'n situaties. Maar in dat geval zal een duidelijke 'baseline' moeten worden vastgesteld. Men zal dan ook moeten garanderen dat de bestaande natuurwaarden niet verloren gaan door het gebruik van tijdelijke natuur. Het concept 'tijdelijke natuur' staat overigens in beginsel los van zogenaamde 'permanente natuur'. Het doelbewust (laten) ontwikkelen van tijdelijke natuur zal immers enkel plaatsvinden op terreinen die slechts tijdelijk beschikbaar zijn, zoals bijvoorbeeld opgespoten bouwterreinen en tijdelijke zanddepots. Dit sluit niet uit dat ook met tijdelijke natuur wordt

29 *Pionierssoorten* verschijnen snel als de omstandigheden goed zijn en verdwijnen na verloop van tijd sowieso door natuurlijke successie. Hun groot reproductie- en verspreidingsvermogen stelt hen in staat om nieuwe gebieden te vinden en te koloniseren. Zie: BUREAU STROMING en L. LINNARTZ, *Tijdelijke natuur en beschermde soorten: permanente winst. Een ecologische onderbouwing*, 19.

30 *Vroege soorten* zijn eveneens gebonden aan jonge successtadiën maar onderscheiden zich van pionierssoorten doordat zij niet zo snel kunnen reageren vanwege een lagere reproductiesnelheid of een geringere mobiliteit. BUREAU STROMING en L. LINNARTZ, *Tijdelijke natuur en beschermde soorten: permanente winst. Een ecologische onderbouwing*, 20.

31 Omzendbrief LNE 2014/X betreffende Tussentijdse natuur: omschrijving, opzet, motivatie, toepassing en procedure. Deze Omzendbrief is ondertussen nog steeds niet aangenomen door de bevoegde minister.

32 H. SCHOUKENS, A. CLIQUET & P. DE SMEDT, 'Tijdelijke Natuur. Overtreft de dynamiek van de natuur die van het natuurbehoudsrecht?', *TMR* 2010, 25.

33 X, Beleidslijn Tijdelijke Natuur, 2015, Staatscourant 10 september 2015, beschikbaar op <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stcrt-2015-29016.html> (geraadpleegd op 10 mei 2016).

gewerkt op terreinen die permanent beschikbaar zijn. Zo zou men het creëren van pionierssituaties kunnen kaderen binnen een bepaalde beheervisie voor een beschermd natuurgebied. Maar in dergelijke gevallen staat de natuurbestemming van het terrein al vast, waardoor een ingebruikname ervan (in een tweede fase) bijvoorbeeld als industrieterrein niet aan de orde is.

25. Ook moet tijdelijke natuur worden onderscheiden van mitigerende en/of compenserende maatregelen. In Vlaanderen is het niet onbelangrijk hierop te wijzen aangezien reeds eerder werd beschermd met termen als 'tijdelijke compensatiegebieden' in het kader van de compensatieregeling voor de bouw van het Deurgankdok. Onder meer de natuurgebieden 'Verrebroekse Plassen' en 'Putten West' hebben een tijdelijke statuut, hetgeen volgens de Raad van State niet in strijd was met de compensatieregels die vervat zitten in artikel 6, lid 4 van de Habitatrichtlijn. Er was immers voorzien dat de gebieden pas konden verdwijnen wanneer er nieuwe compensatiezones waren ingericht. In die zin was er géén sprake van een precaire of onzekere compensatie. Wél mag duidelijk zijn dat zo'n situaties niet te kwalificeren vallen als klassieke 'tijdelijke natuur-scenario's'.³⁴ Alleen al om verdere misverstanden te vermijden richt men tijdelijke natuur best niet op compensatiescenario's.

2.4. Buitenlandse (en Vlaamse!) inspiratie

26. Hoewel de Nederlandse trendsetters er prat op gaan dat tijdelijke natuur exclusief Hollandse *roots* heeft, blijkt de benadering reeds langer te circuleren. Meer nog, in Vlaanderen kan men de term 'tijdelijke natuur' reeds terugvinden in de ruimtelijke uitvoeringsplannen (RUP) voor onze twee grootste havengebieden. Hoger is reeds verwezen naar de tijdelijke compensatiegebieden in de Antwerpse haven. In de Gentse zeehaven liet het GRUP uit 2005 expliciet de ontwikkeling van tijdelijke natuur toe in bepaalde reservatiezones voor economische ontwikkeling. Een gelijkaardig voorschrift zit vervat in het GRUP uit 2009 dat de stedenbouwkundige voorschriften bevat voor het zeehavengebied van Zeebrugge en evenzeer de ontwikkeling van tijdelijke

natuur mogelijk maakt binnen industrie- en havenzones. Een generieke benadering ontbrak echter.

27. Over de grote plas, in de Verenigde Staten, was men echter reeds in de jaren negentig met een idee op de proppen gekomen dat erg veel gelijkenissen vertoonde met tijdelijke natuur. Meer nog dan in onze regio's, leidde de striktere toepassing van de *Endangered Species Act* uit 1973 tot erg perverse 'incentives'. Hoger kwam de 'shoot, shovel and shut up'-benadering reeds aan bod. Privé-eigenaars wilden kost wat kost vermijden dat hun terreinen alsnog onder de toepassing van de strikte beschermingsvoorschriften uit 'Section 9' van de *Endangered Species Act* zouden komen te vallen, dat veel gelijkenissen vertoont met de strikte voorschriften inzake soortenbescherming die vervat zitten in de EU natuurrichtlijnen.

28. Om natuurbeheer op privéterreinen meer aantrekkelijk te maken introduceerde de Amerikaanse overheid reeds op het einde van de jaren negentig een aantal nieuwe benaderingen, waaronder het concept 'safe harbor agreement'. Dit wordt als volgt omschreven door de *U.S. Fish & Wildlife Service*: 'A Safe Harbor Agreement (SHA) is a voluntary agreement involving private or other non-Federal property owners whose actions contribute to the recovery of species listed as threatened or endangered under the *Endangered Species Act* (ESA)'.³⁵ Het werd voor grondeigenaren mogelijk om overeenkomsten te sluiten met de natuuradministratie voor de ontwikkeling van bijkomende natuurwaarden op hun terreinen. In ruil voor de bijkomende natuurinspanningen, werd aan de grondeigenaren de zekerheid gegeven dat zij, op het einde van de contracttermijn, de extra natuur zonder veel problemen konden wegnemen, zolang zij de 'baseline', de natuur die reeds aanwezig was op het terrein, ongemoeid lieten.

29. Meer nog dan bij tijdelijke natuur, staan de *safe harbor agreements* ook uitdrukkelijk open voor situ-

34 Zie o.m. RvS 9 januari 2007, nr. 166.439, Apers.

35 U.S. FISH & WILDLIFE SERVICE, Safe Harbor Agreements for Private Landowners, 64 Fed. Reg. 32, 706, 32 p. 717. Zie meer uitgebreid: H. SCHOUKENS, 'Habitat Restoration on Private Lands in the United States and the EU: Moving from Contestation to Collaboration', *Utrecht Law Review* 2015, 45-46.

aties waar er reeds heel wat beschermde natuurwaarden aanwezig zijn. Het gaat er om privé-eigenaars aan te zetten om door beheerinspanningen net bijkomende biodiversiteit op hun terreinen te creëren. Hoewel het moeilijk blijkt cijfers te vinden over het succes van deze *safe harbor agreements*, blijkt er volgens sommige bronnen sprake te zijn van 4 miljoen hectare land dat onder een *safe harbor agreement* (SHA) zit. 63 bedreigde soorten worden erdoor gevat.³⁶ Voor bepaalde soorten, zoals de *Aplomado Falcon*, lijkt het instrument erg belangrijk te zijn geweest in het tegengaan van een verdere achteruitgang. De vermelde soort was in een erg benarde situatie eind jaren zestig. Reïntroductieopingen op privégronden lagen erg moeilijk omdat de landeigenaars vreesden dat toekomstige economische ontwikkelingsopties hierdoor uitgesloten werden. Het ging immers om een strikt beschermde soort. Nu 97% van de gronden in Texas - de Amerikaanse staat waar deze soort vroeger voorkwam - in privéhanden zijn, bleek het *safe harbor agreement* cruciaal om het enthousiasme voor soortenherstel bij de betrokken landeigenaars aan te wakkeren. Met niet minder dan 1 miljoen hectare land onder deze agreement, blijkt de soort ook effectief van uitsterven gered.³⁷ En dit zonder dat de landeigenaars in 'opstand' kwamen tegen het federale natuurbeleid. Eén Amerikaanse auteur concludeerde dat '*The SHA helped to restore a once vanished species to the landscape of south Texas, and it has done so without the rancour and the controversy that sometimes accompanied reintroduction efforts of other species elsewhere*'.³⁸

3. Ecologische onderbouwing?

3.1. Permanente natuurwinst?

30. Tijdelijke natuur mag dan wel een aantrekkelijk concept lijken, de vraag rees of het ecologisch wel

zo verantwoord was. Het spreekt voor zich dat de ecologische onderbouwing van het concept cruciaal is. Tijdelijke natuur impliceert immers ook het wegnemen ervan na verloop van tijd, wanneer de bestemming van het gebied wordt gerealiseerd. Het lijkt contra-intuïtief dat ook in dat geval nog sprake zal zijn van blijvende positieve effecten voor de natuur. Dat de tijdelijke uitbreiding van een habitat tot positieve effecten aanleiding kan geven was al snel duidelijk. Nederlandse onderzoekers stelden reeds in 2007 op redelijk ondubbelzinnige wijze vast dat tijdelijke natuur kan functioneren als kolonisatiekern of *stepping stone* en op die manier ook blijvende positieve effecten kan hebben op de totale populatie.³⁹

31. Vooral dynamische soorten, zoals rugstreeppadden of de oeverwaluw, die erg afhankelijk zijn van de beschikbaarheid van pionierhabitats, zouden hiervan kunnen profiteren. Deze soorten gebruiken het gebied snel, als een stapsteen, en moeten het, ook zonder economische ontwikkeling, verlaten ten gevolge van natuurlijke successie. Het wegnemen van tijdelijke natuur zou, mits de nodige randvoorwaarden in acht worden genomen, géén grote impact hebben op deze soorten. Maar ook latere soorten zouden bij deze aanpak wel varen. Door een sterke groei van de populatie in tijdelijke natuur, versterkt de globale populatie van bedreigde soorten, wat de overlevingskansen van de betrokken soorten vergroot. Grote populaties sterven nu eenmaal minder snel uit dan kleine.

32. Of er sprake is van permanente natuurwinst, na het wegnemen van de tijdelijke natuur, was minder zeker. In bepaalde gevallen zullen ontwikkelaars omwille van economische motieven (bv. minder vraag naar woningen, economische recessie...) als nog afzien van de verdere ruimtelijke ontwikkeling van het gebied. Maar dit scenario wordt niet meegerekend bij tijdelijke natuur. Het is immers in beginsel niet de bedoeling dat de tijdelijke natuurgebieden een permanent karakter verkrijgen, hoewel het

36 <http://www.edf.org/ecosystems/protecting-wildlife-right-incentives> (geraadpleegd op 10 mei 2016).

37 Zie hierover meer uitgebreid: D. KISHIDA, 'Safe Harbor Agreements Under the Endangered Species Act: Are They Right for Hawaii?', *University of Hawaii Law Review* 2001, 23, 507-539.

38 M.J. BEAN et al., 'Safe Harbor Agreements: Carving Out A New Role for NGOs', *Conservation Biology in Practice* 2001, 9-16.

39 BUREAU STROMING & L. LINNARTZ, *Tijdelijke natuur en beschermde soorten: permanente winst. Een ecologische onderbouwing*, 2007, Rapportnr. 06.2.134. Zie ook: J. REKER, W. HELMER, W. BRAAKHEKKE & L. LINNARTZ, *Tijdelijke natuur, permanente winst*. Rapportnr. 06.2.133.

inderdaad niet uitgesloten is dat soms een terrein finaal niet zou worden ontwikkeld. Bij de uiteindelijke definitieve ontwikkeling van het gebied zouden niet-mobiele soorten worden gedood en mobielere soorten verdwijnen. Nochtans concludeerden de Nederlandse onderzoekers dat voor heel wat soorten het tijdelijk karakter niet problematisch hoeft te zijn. Door natuurlijke successie zouden tal van pioniers- en vroege soorten reeds verdwenen zijn voor de effectieve verwijdering van de tijdelijke natuur. Een mogelijke negatieve impact op broedende soorten kan worden vermeden door de verwijdering van de tijdelijke natuur buiten het broedseizoen te laten plaatsvinden. In bepaalde gevallen kan men proberen de beschermde soorten 'weg te vangen' of te verplaatsen.

33. De Nederlandse onderzoekers besluiten dat enkel sprake kan zijn van een negatief effect wanneer de leefomgeving van een soort buiten het projectgebied niet (meer) geschikt is voor de betrokken beschermde soorten. Wanneer er voldoende uitwijkmogelijkheden voorhanden zouden zijn, zou er geen negatief effect zijn. Wanneer er alsnog sprake is van onvoldoende uitwijkmogelijkheden, kan wel een probleem rijzen. Maar in dat geval ligt de eigenlijke oorzaak niet zozeer bij tijdelijke natuur maar wel bij de afwezigheid van een adequaat beleid gericht op de instandhouding van permanente ecologische infrastructuur.⁴⁰ Met andere woorden, een scenario waarbij een bedreigde soort plots zijn laatste 'refugium' vindt in een tijdelijk natuurgebied zegt meer over het falend natuurbeleid dan over tijdelijke natuur.

34. Nochtans vormt dat laatste géén louter theoretisch uitgangspunt. Vele soorten bevinden zich momenteel immers in een ongunstige staat van instandhouding binnen Vlaanderen. Men zou kunnen overwegen om de creatie van tijdelijke natuur alsnog te vermijden wanneer men kan vermoeden dat een sterk bedreigde soort zich eventueel zou herlokalisieren van een permanent beschermd

gebied naar een tijdelijk natuurgebied. De betrokken overheid zou ook simpelweg kunnen weigeren om een derogatie voor tijdelijke natuur te verlenen wanneer de kans groot is dat de laatste exemplaren van een bedreigde soort zich er zouden gaan vestigen.

35. Tijdelijke natuur vormt een welkom 'extraatje' voor bedreigde soorten. De hoger weergegeven definitie van tijdelijke natuur impliceert dat tijdelijke natuur in beginsel niet in rekening kan worden gebracht bij de evaluatie van de staat van instandhouding van soorten en habitats. In Vlaanderen lijkt men, net als in Nederland, aan te nemen dat het in beginsel niet de bedoeling is tijdelijke natuur naar voren te schuiven als beleidsinstrument om de EU of nationale/regionale natuurdoelen te behalen. Bijgevolg hoeft de verwijdering van tijdelijke natuur ook geen significante invloed te hebben op de globale staat van instandhouding van de soorten.

3.2. Over metapopulaties en ecologische vallen...

36. Ook het Vlaamse Instituut voor Natuur- en Bosonderzoek is dezelfde mening toegedaan.⁴¹ In enkele adviezen uit 2012 bevestigt men dat tijdelijke natuur inderdaad een impuls geeft aan pioniers- en vroege soorten. Een stijging van de populaties kan zorgen voor een verduurzaming van de populaties van bedreigde soorten en bijdragen aan de overlevingskans van een soort. Men haalt de mosterd bij de 'metapopulatie-theorie', die stelt dat een populatie in feite een set vormt van deelpopulaties die verspreid zijn over meerdere habitatvlekken omdat de geschiktheid van een habitat kan wisselen naar gelang de milieuomstandigheden. Binnen die benadering vormt tijdelijke natuur een extra habitatvlek waar soorten zich kunnen vestigen als andere habitatvlekken ('patches') minder geschikt geworden zijn. Hoewel de Vlaamse onderzoekers opmerken dat de positieve effecten steeds situatie-gebonden blijven en bijvoorbeeld afhankelijk zijn van de vraag of de tijdelijke natuur deel uitmaakt van een ruimer netwerk, stellen zij dat tijdelijke natuur in beginsel

40 Omtrent de mogelijke verschilpunten, zie: H. SCHOUKENS, 'Habitat Restoration on Private Lands in the United States and the EU: Moving from Contestation to Collaboration', *Utrecht Law Review* 2015,

41 L. VRIENS, R. GYSELINGHS, J. MERGEAY & E. VAN DEN BERGH, Advies betreffende de ecologische effecten van tijdelijke natuur, 2013, INBO.A.2012.168.

géén negatieve impact hoeft te impliceren.

37. De eventuele negatieve effecten die zouden optreden bij de 'opruiming' van het gebied, kunnen deels worden ondervangen door toepassing van de natuurzorgplicht, die alvast tot gevolg heeft dat de opruiming zal moeten plaatsvinden buiten het broedseizoen. Bovendien spelen er meestal spontane ecologische processen: zaden verspreiden zich langs de wind, pionierssoorten trekken weg ten gevolge van natuurlijke successie. De mogelijke negatieve effecten – zoals tijdelijke natuur die fungeert als een 'ecologische val'⁴² – zullen evenzeer, en vaak nog sterker, optreden bij de ontwikkeling van permanente natuur. Het zijn effecten die niet typisch zijn voor tijdelijke natuur. Een tijdelijke uitbreiding van het natuurareaal kan nooit schadelijk zijn voor populaties van bedreigde soorten.

38. De eerste monitoringsresultaten die voorliggen onderstrepen het succes van tijdelijke natuur.⁴³ Een tijdelijk natuurgebied in de provincie Overijssel bleek alvast een trekpleister voor heel wat bijzondere vogelsoorten en andere bedreigde soorten, waaronder zelfs de otter. Ook in de Verenigde Staten blijken de *safe harbor agreements* de nodige vruchten af te werpen, hoewel het onzeker blijft in welke mate dit ook het geval zal zijn wanneer de terreinen finaal economisch worden ontwikkeld.⁴⁴ Hoger is reeds het redelijk succesvolle voorbeeld gegeven van de *Aplomado Falcon*. Voor andere soorten blijken de resultaten minder spectaculair.⁴⁵ Het blijft dan ook wachten op monitoringsresultaten die

nagaan in welke mate de hoger gedane voorspellingen zich ook voordoen wanneer de tijdelijke natuur definitief wordt weggenomen. Bij *safe harbor agreements* lijkt men, meer dan bij tijdelijke natuur, aan te nemen dat men in sommige gevallen eenvoudigweg niet zal teruggaan naar de *baseline*.

4. Juridische oplossingspistes voor tijdelijke natuur

4.1. Mogelijke juridische oplossingen?

39. Om projectontwikkelaars, havenbedrijven en landeigenaars effectief warm te maken voor tijdelijke natuur op hun terreinen, moeten hen de nodige juridische garanties worden aangeboden. Zij willen achteraf immers niet worden geconfronteerd met bijkomende restricties. Er moet met andere woorden een juridische oplossing uitgedacht worden waarbij aan de landeigenaars de juridische 'zekerheid' wordt gegeven dat de tijdelijke natuur, die zij op hun terrein toestaan, op het einde van de rit ook zonder veel problemen kan worden weggenomen. En dat dit ook het geval is wanneer zou blijken dat zich in tussentijd strikt beschermde soorten of beschermde vegetaties op het terrein zouden hebben gevestigd of ontwikkeld. Reeds een tiental jaren geleden stelden enkele Nederlandse juristen voor om te werken met een zogenaamde 'onthefing vooraf'⁴⁶, waarbij de overheid reeds instemt met de verwijdering van de tijdelijke natuur vooraleer het betrokken terrein effectief open wordt gesteld voor de natuurontwikkeling. In Vlaanderen werd ook geopperd om tijdelijke natuur onder te brengen in een meer planmatig instrument. In Nederland probeert men op termijn ook te gaan naar een gedragscode, hetgeen de administratieve last voor de geïnteresseerden nog verder zou verlagen.

40. Het mag niet verbazen dat er heel wat juridische bedenkingen rezen bij de eerder reeds gesuggereerde oplossingspistes. In het licht van de strikte evoluties in de rechtspraak, waar rechters vaker

42 Men spreekt van een ecologische val wanneer een diersoort een leefgebied verkiest met op termijn ongunstige milieuomstandigheden. Een eiland met pionierhabitat kan een ecologische val worden wanneer vossen het alsnog kunnen bereiken en leegroven.

43 LANDSCHAP OVERIJSEL, M. ZEKHUIS & A. DE GELDER, *Het succes van Tijdelijke Natuur. Monitoring vier jaar Tijdelijke Natuur Esserworld*, 2013.

44 A.M. TRAINOR, J. R. WALTERS, D. L. URBAN & A. MOODY, 'Evaluating the effectiveness of a Safe Harbor Program for connecting wildlife populations', *Animal Conservation* 2013, 610-620.

45 Zie meer uitgebreid: hierover meer uitgebreid: D. KISHIDA, 'Safe Harbor Agreements Under the Endangered Species Act: Are They Right for Hawai'i?', *University of Hawaii Law Review* 2001, 23, 507-539.

46 H.E. WOLDENDORP & C. BACKES, *Tijdelijke natuur – Advies over de juridische aspecten*, augustus 2006, rapportnr. 06.2.136, www.innovatienetwerk2.org/nl/bibliotheek/rapporten/ (geraadpleegd op 10 mei 2016), 79.

wèl dan niet kiezen voor een strikte lezing van de natuurbeschermingswetten, is het niet vreemd dat het verlenen van een afwijking of ontheffing op voorhand, mogelijk tien jaar vóór de verwijdering van de natuur, de nodige wenkbrauwen doen fronsen. In de loop van de voorbije jaren zijn een aantal van de gesuggereerde oplossingen onderworpen aan een rechterlijke toetsing. Dit maakt het interessant om wat dieper in detail in te gaan op de juridische onderbouwing van de oplossingspistes en de mogelijke knelpunten die in dat verband zouden kunnen rijzen.

4.2. Tijdelijke natuur binnen een programmatische aanpak op gebiedsniveau?

41. Hoewel men binnen Nederland meteen dacht dat een zogenaamde 'éénhandelingsaanpak' hèt antwoord zou vormen op de juridische knelpunten waartoe tijdelijke natuur aanleiding geeft, werd binnen Vlaanderen ook bekeken of een planmatige omkadering van tijdelijke natuur niet ook deels een antwoord zou kunnen bieden op de zorgen van menig projectontwikkelaar. Bijzonder aan de Vlaamse regelgeving is immers dat een specifiek planinstrument aanwezig is dat gericht is op het omgaan met natuurwaarden in economisch dynamische gebieden: het 'soortenbeschermingsprogramma'. Het Soortenbesluit van 15 mei 2009 omschrijft een soortenbeschermingsprogramma als 'een programma van soortenbehoudsmaatregelen dat gericht is op het verkrijgen van de gunstige staat van instandhouding van één inheemse soort of een groep van soorten in een gebied waarop het programma van toepassing is'⁴⁷. Het moet conform artikel 25 van het Soortenbesluit worden opgevat als een samenhangende verzameling van acties, opge maakt op basis van een uitgebreid wetenschappelijk rapport. Dit rapport dient onder meer de concrete instandhoudingsdoelstellingen van de betrokken soorten te omvatten alsmede een beschrijving van de concrete maatregelen die kunnen worden genomen om bij te dragen tot een gunstige staat van instandhouding van de soort of soorten in kwestie in het Vlaamse Gewest.

42. Het initiatief voor de opmaak van een soorten-

beschermingsprogramma kan ook uitgaan van een particuliere instantie. Dit kan dan vervolgens worden opgewaardeerd tot een ontwerp van soortenbeschermingsprogramma, wanneer het betrekking heeft op tenminste één functionele ecologische eenheid, zoals bijvoorbeeld een haven- of ontginningsgebied.⁴⁸ Maar, vanuit het oogpunt van tijdelijke natuur, is van groter belang dat het programma ook reeds afwijkingen kan omvatten van verbodsbepalingen inzake soortenbescherming. Het lijkt dan ook niet uitgesloten om binnen een soortenbeschermingsprogramma reeds die gebieden te gaan integreren waar men, eventueel in aanvulling op permanente ecologische infrastructuur binnen een haven- of ontginningsgebied, zou werken met tijdelijke natuur. Men zou een afwijking kunnen voorzien voor die terreinen met betrekking tot alle strikt beschermde soorten die zich er zouden vestigen.⁴⁹ Of minstens de nodige mitigerende en compenseerende maatregelen kunnen worden vooropstellen die garanderen dat het wegnemen van tijdelijke natuur in géén geval afbreuk zal doen aan de gunstige staat van instandhouding van de betrokken soorten.

43. De EU natuurrichtlijnen voorzien echter niet expliciet in een planmatige uitzonderingsclausule op de strikte voorschriften inzake soortenbescherming. Toch lijkt het niet uitgesloten om eventuele toekomstige afwijkingen of ontheffingen van de strikte voorschriften inzake soortenbescherming te grondvesten op EU-recht. Zo bepaalt artikel 16, lid 1, e) van de Habitatrichtlijn dat van de verbodsbepalingen kan worden afgeweken om het onder strikt gecontroleerde omstandigheden mogelijk te maken op selectieve wijze en binnen bepaalde grenzen een beperkt, door de bevoegde instanties vastgesteld aantal van bepaalde specimen te vangen, te plukken of in bezit te hebben.

44. De vermelde clausule vormt een cryptische afwijkingsclausule. Eerder had de Europese Com-

⁴⁷ Artikel 1, 11° Soortenbesluit.

⁴⁸ Een functionele ecologische eenheid is een gebied dat nodig is voor de instandhouding van een levensvatbare populatie van een beschermde soort, wat impliceert dat het gebied over de vereiste kwalitatieve en kwantitatieve garanties beschikt om op lange termijn in stand te houden.

⁴⁹ Artikel 26 Soortenbesluit.

missie reeds aanvaard dat het in het kader van soortenbeschermingsplannen, die gericht zijn op het behalen van een gunstige staat van instandhouding, binnen strikte omstandigheden mogelijk was om beschermde soorten te bejagen.⁵⁰ *A fortiori* lijkt dergelijke aanpak het verplaatsen en wegnemen van beschermde soorten in het kader van een plan gericht op tijdelijke natuur toe te staan.⁵¹

45. Ook rechtspraak van het Hof van Justitie⁵² toont aan te geven te dat het in elk geval steeds mogelijk moet zijn om afwijkingen te geven van het Europese beschermingsregime indien uit onderzoek zou blijken dat er geen gevolgen zijn te verwachten voor de lokale populatie. Dit is bij tijdelijke natuur sowieso het geval. De strikte omstandigheden, de selectieve grenzen en de bepaalde grenzen waarbinnen bepaalde soorten alsnog kunnen worden verwijderd van tijdelijke natuurterreinen, kunnen worden vastgelegd in het soortenbeschermingsprogramma. In het verslag dat toegevoegd is aan het Soortenbesluit vermeldt men overigens dat dit instrument bij uitstek nuttig is om de aanwezigheid van strikt beschermde soorten te verzoenen met economische belangen.⁵³

46. Wanneer tijdelijke natuur zou worden gekaderd binnen een soortenbeschermingsprogramma, dan zouden individuele projectontwikkelaars niet meer verplicht zijn een individuele ontheffingsaanvraag in te dienen wanneer zij de tijdelijke natuur wegnemen. Deze afwijking zou al vervat zitten in het programma zelf. Zo'n programma brengt echter heel wat administratieve lasten met zich mee en lijkt dan ook weinig geschikt voor KMO's met het idee om op enkele geïsoleerd gelegen terreinen met tij-

delijke natuur te werken. Het zal dan ook enkel een oplossing aanreiken voor tijdelijke natuur in grotere haven- of ontginningsgebieden. Bovendien lijken generieke afwijkingen hier ook uitgesloten en zal men zich expliciet moeten richten naar de expliciete voorwaarden in het programma. Het programma zelf heeft overigens een redelijk beperkte duurtijd (5 jaar, maar kan worden verlengd).

47. De fundamentele vraag rijst overigens of het mogelijk is om reeds op voorhand de gebieden te gaan oplijsten waar met tijdelijke natuur zal worden gewerkt. In dynamische omgeving, zoals ontginningsgebieden, zal dit niet steeds evident zijn omdat de planning vaak afhankelijk is van heel wat onzekere elementen (bv. economische groei). Nochtans zal enige omkadering wel noodzakelijk zijn in het licht van het EU-recht. *Carte blanche*-afwijkingen zijn immers niet aan de orde. Bovendien kan een soortenbeschermingsprogramma vooralsnog géén afwijkingen voorzien inzake beschermde vegetaties en/of bosvegetatie. Anderzijds zou men ervoor kunnen opteren om niet meteen in een afwijking vooraf te voorzien. De aanwezigheid van een uitgebreid netwerk permanente en tijdelijke natuurgebieden maakt dat het bekomen van een afwijking op het moment van de verwijdering van de tijdelijke natuur niet tot al te veel problemen aanleiding hoeft te geven.

48. Een eventueel nadeel dat zich aandient wanneer men alsnog met tijdelijke natuur zou werken in het kader van een soortenbeschermingsprogramma is dat het niet onbelangrijke onderscheid tussen permanente en ecologische infrastructuur verloren zou kunnen gaan. Tijdelijke natuur wordt in dat geval minder zuiver benaderd. Meestal zal het eerder gaan om dynamisch beheer van reeds aanwezige en mogelijk toekomstige natuurwaarden in een economisch gebied, zoals een havenzone. Dit heeft al voordeel dat het wegnemen van tijdelijke natuur nog beter kan worden gemotiveerd, nu de 'stepping stone'-theorie ook nader kan worden vormgegeven in het plan. Maar het kan verleidelijk zijn om tijdelijke natuur te gaan hanteren als 'compensatie' voor de teloorgang van permanente natuur.

49. Vooralsnog wordt in de bestaande soortenbeschermingsprogramma's – waaronder dat van de

50 Zie Guidance strict species protection (supra noot 20).

51 Zie hieromtrent meer in detail: H. SCHOUKENS, A. CLIQUET & P. DE SMEDT, 'Tijdelijke Natuur. Overtreft de dynamiek van de natuur die van het natuurbehoudsrecht?', *TMR* 2010, 34-35.

52 HvJ EG 14 juni 2007, zaak nr. C-342/05. Het doden van een beperkt aantal dieren dat geen invloed heeft op het doel van artikel 16, lid 1 van de Habitatrichtlijn wordt beschouwd als een afwijking beschouwd die neutraal is voor de betrokken soort.

53 Zie hieromtrent meer in detail: H. SCHOUKENS, A. CLIQUET & P. DE SMEDT, 'Tijdelijke Natuur. Overtreft de dynamiek van de natuur die van het natuurbehoudsrecht?', *TMR* 2010, 35.

haven van Antwerpen – niet zwaar ingezet op tijdelijke natuur.⁵⁴ Enkel voor bepaalde soorten – zoals de bruine kiekendief – wordt in het programma voor de haven van Antwerpen expliciet rekening gehouden met tijdelijke foerageergebieden. Overigens lijken in het programma vooralsnog ook géén generieke afwijkingen aanwezig. Men voorziet een heleboel maatregelen voor 14 zogenaamde paraplussoorten, die het in stand houden of het tot stand brengen van levensvatbare populaties ervan beogen. Hiertoe wordt een ecologische infrastructuur uitgebouwd, die zowel tijdelijke als permanente gebieden omvat. Individuele havenbedrijven kunnen bij het bekomen van afwijkingen in voorkomend geval rekening houden met de instandhoudingsmaatregelen die het behouden en/of het bereiken van de gunstige staat van instandhouding mogelijk maken. Voor bepaalde soorten zullen alsnog bijkomende compenserende maatregelen noodzakelijk zijn.

4.3. De éénhandelingsaanpak als generiek antwoord?

4.3.1. Algemene filosofie

50. Om tijdelijke natuur van de grond te krijgen is er nood aan een ‘bedrijfsvriendelijker’ instrument. Vandaar dat men in Nederland en wellicht ook in Vlaanderen tijdelijke natuur voornamelijk zal proberen te kaderen binnen een zogenaamde ‘éénhandelingsaanpak’. Hierbij wordt zowel de ontwikkeling als de verwijdering van de natuur bekeken als één handeling, waarvoor men op voorhand als grondeigenaar een afwijking kan verkrijgen. Door vooraf een afwijkingsaanvraag in te dienen, vraagt de initiatiefnemer aan de natuuradministratie om, voordat het betrokken terrein wordt aangeboden aan de natuur, in te stemmen met de uiteindelijke verwijdering ervan bij de verdere stedenbouwkundige ontwikkeling van het terrein. Indien de overheid niet akkoord zou gaan, kan men alsnog afzien van het idee om tijdelijke natuur te ontwikkelen. Op die manier verkrijgen de projectontwikkelaars maximale

rechtszekerheid. Zij kunnen de beschermde soorten op hun terreinen laten ontstaan en verwijderen, met uitzondering van de beschermde soorten die al bij aanvang aanwezig waren.

51. Géén natuur zonder voorafgaande instemming van de betrokken overheid met de uiteindelijke verwijdering ervan. Het sluit opnieuw erg sterk aan bij de hoger vermelde ‘safe harbor’-approach uit de Verenigde Staten, waar men een voorafgaande overeenkomst sluit met de bevoegde natuuradministratie en deze laatste de garantie geeft dat men bij het einde van dit agreement terug kan gaan naar de baseline. Belangrijk verschilpunt is echter dat binnen de Nederlandse benadering géén specifieke beheerverplichting speelt, terwijl in de Verenigde Staten de projectontwikkelaars die een *safe harbor agreement* afsluiten met de bevoegde overheid ertoe gehouden zijn om specifieke natuurbeheeracties te ondernemen. Het vormt een niet onbelangrijk aandachtspunt, ook wanneer men tijdelijke natuur verder wil promoten als innovatief beleidsinstrument voor natuurbeheer.

52. Het bekomen van een ‘onthefing vooraf’ zou op zich weinig zoden aan de dijk brengen wanneer het niet kan worden gekaderd in de afwijkingsgronden die aanwezig zijn binnen de EU natuurrichtlijnen. Het spreekt voor zich dat men zich niet stelselmatig zal kunnen beroepen op de afwijkingsgrond voor projecten waarmee een ‘*dwingende reden van groot openbaar belang*’ gepaard gaat. Nu ecologisch onderzoek had aangetoond dat gunstige milieueffecten gepaard gingen met het gebruik van tijdelijke natuur, bood zich echter een andere, interessante opportuniteit aan. Het gaat meer in het bijzonder over de afwijkingsclausule die gericht is op ‘*de bescherming van de flora en fauna*’. Aangezien ecologisch onderzoek voorspelt dat tijdelijke natuur per saldo gunstige effecten geeft, zou het mogelijk moeten zijn om op basis van deze rechtvaardigingsgrond aan de projectontwikkelaars een afwijking te verlenen van het beschermingsregime.

53. Deze benadering mag dan wel vernieuwend lijken, eerder was men in de Verenigde Staten al in die richting beginnen denken. Het sluit sterk aan bij de redenering die men in de Verenigde Staten ook heeft gehanteerd om het ‘safe harbor’-concept verteer-

54 MB 23 mei 2014 vaststelling van een soortenbeschermingsprogramma voor het Antwerpse havengebied, BS 21 augustus 2014. Voor meer informatie over dit programma, zie: <https://www.natuurenbos.be/SBPantwerpsehaven> (geraadpleegd op 10 mei 2016).

baar te maken voor de *Endangered Species Act*. Het gaat hierbij om *Section 10(a)(1)(A)* van de *Endangered Species Act*, die het toelaat dat afwijkingen van de verbodsbepalingen worden verleend ‘*to enhance the propagation or survival of affected species*’. Binnen het kader van een safe harbor agreement zal de eigenaar inderdaad hard moeten kunnen maken dat sprake kan zijn van ‘*net conservation benefits*’, die kunnen voortvloeien uit beter habitatbeheer, de verbetering van de habitatconnecties tussen bestaande deelpopulaties van een beschermde soort.

54. De Europese Commissie geeft in haar Leidraad over de toepassing van het Europese soortenbeschermingsrecht echter weinig bijkomende duiding over de invulling die kan worden gegeven aan de in randnummer 52 vermelde uitzonderingsgrond uit de EU natuurrichtlijnen. Niettemin trok men sinds 2007 in Nederland volop de kaart van de ‘éénhandelingsaanpak’, temeer nu deze benadering leek te impliceren dat men met tijdelijke natuur kon werken binnen het bestaande wet- en regelgevende kader. De benaderingswijze werd expliciet naar voren geschoven in de eerste concept-beleidslijn over tijdelijke natuur, uit 2007. Ook in het kader van het ontwerp van Omzendbrief binnen Vlaanderen opteerde men overigens voor deze piste, die al zeker het voordeel van de duidelijkheid heeft in vergelijking met de planmatige aanpak die hoger aan bod is gekomen.

4.3.2. Eerste juridische succesjes?

55. Eén van de eerste pilots inzake tijdelijke natuur werd in Nederland geïnitieerd door de haven van Amsterdam. Op 19 februari 2009 heeft de Haven van Amsterdam formeel een verzoek ingediend bij de Minister bevoegd voor natuurbehoud om een ontheffing tijdelijke Natuur.⁵⁵ Er werd meer specifiek ontheffing gevraagd voor een periode van 10 jaar van de verbodsbepalingen ten aanzien van de groenknolorchis, noordse woelmuis, waterspitsmuis, heikikker, kamsalamander, bittervoorn, grote modderkruiper, ringslang, rugstreeppad, zandhagedis, gevlekte witsnuitlibel, groene glazenmaker, hei-

deblauwtje en de noordse winterjuffer. De aanvraag werd ingediend in functie van het bouwrijp maken van braakliggende terreinen op haventerreinen van Amsterdam (met als bestemming bedrijventerrein). Op 15 juli 2009 werd door de Minister bevoegd voor Natuur een ontheffing op basis van artikel 75, lid 5 en 6 van de Flora- en Faunawet verleend voor het merendeel van deze beschermde soorten.⁵⁶ Aangezien op basis van de inventarisatie- en monitoringsgegevens voor de betrokken locatie kon worden vastgesteld dat een zestal soorten niet op de betrokken locatie voorkwam en – gelet op de te verwachten ecologische ontwikkelingen – wellicht daar ook niet de komende 10 jaar zou voorkomen, werd hiervoor geen ontheffing noodzakelijk geacht.

56. Het beroep op de gunstige milieueffecten werd aanvaard. Aan de ontheffing werden wel een hele rist voorwaarden gekoppeld. Zo dient bij de uiteindelijke ontruiming van het plangebied een inventarisatie te worden uitgevoerd van de eventueel in het gebied voorkomende soorten waarvoor ontheffing wordt verleend. Bovendien dient de ontheffinghouder bij de planning van de werkzaamheden ook rekening te houden met de seizoensactiviteiten van de soorten die in het gebied verwacht worden of aangetroffen zijn, om verstoring in de meest kwetsbare perioden (voortplanting, winterrust) te voorkomen. Anderzijds moeten maatregelen die ertoe leiden dat de kans op kolonisatie, door de soorten waarvoor ontheffing wordt verleend, wordt verkleind, zoveel mogelijk achterwege worden gelaten vanaf het begin van de ontheffingsperiode tot het moment van ingebruikname van het gebied. Hetzelfde geldt voor maatregelen die ertoe leiden dat de kans op verspreiding vanuit het plangebied naar de omgeving, van de soorten waarvoor de ontheffing wordt verleend, wordt verkleind.

57. Eerder was reeds opgeworpen dat er wel enige juridische bezwaren denkbaar zijn tegen het verlenen van een ‘afwijking vooraf’.⁵⁷ Zo kan wellicht

55 Voor meer informatie hierover: <http://www.innovatienetwerk.org/nl/bibliotheek/nieuws/377/Februari2009Haven-Amsterdamvraagtontheffingaan.html> (geraadpleegd op 10 mei 2016).

56 Zie: <http://www.innovatienetwerk.org/nl/bibliotheek/nieuws/375/Juli2009EersteontheffingTijdelijkeNatuur.html> (geraadpleegd op 10 mei 2016).

57 H. SCHOUKENS, A. CLIQUET & P. DE SMEDT, ‘Tijdelijke Natuur. Overtreft de dynamiek van de natuur die van het natuurbehoudsrecht?’, *TMR* 2010, 50-51.

niet steeds worden ingeschat welke soorten zich bijvoorbeeld in de loop van de tien jaar dat een terrein beschikbaar is voor tijdelijke natuur effectief zullen vestigen. In de Nederlandse pilots leek dit niet echt een probleem te vormen daar men klaarblijkelijk over voldoende monitorings- en inventarisatiegegevens beschikte. Dit zal wellicht in Vlaanderen niet altijd het geval zijn. Belangrijker lijkt daarenboven de vraag of men wel reeds een concrete beoordeling kan doorvoeren van het wegnemen van tijdelijke natuur nog vooraleer men enig zicht heeft op de aanwezige natuurwaarden. Het is bijvoorbeeld niet uitgesloten dat bedreigde soorten, die elders in het land verdwenen zijn, zich alsnog op de terreinen zouden vestigen. In dat geval lijkt het minder vanzelfsprekend om de leefplaatsen van deze bedreigde soorten alsnog op te geven voor de beoogde ruimtelijke ontwikkelingen. Zullen natuurverenigingen hiertegen niet in het verweer komen? Zal een rechter in dat geval nog steeds zijn goedkeuring verlenen aan een opruiming van de eventuele waardevolle natuurwaarden? Het lijken pertinente vragen, die ook menig projectontwikkelaar zullen bezighouden.

58. In Nederland is de juridische houdbaarheid van de éénhandelingsaanpak ondertussen 'getest' bij de rechtbank. Uit de ondertussen voorliggende uitspraken blijkt dat alvast de 'afwijking vooraf' die is verleend aan de haven van Amsterdam in 2009 de test van het natuurbehoudsrecht doorstaat. De juridische bezwaren tegen de verleende ontheffing werden immers verworpen door de Rechtbank van Amsterdam in een vonnis van 31 mei 2011.⁵⁸ Een milieuvereniging had onder meer opgeworpen dat enkel maar een ontheffing kon worden verleend na de periode van 10 jaar dat het terrein braak zou liggen voor tijdelijke natuur én dat niet kon worden voorgehouden dat de ontheffing kon worden gekaderd in het belang van de bescherming van fauna en flora. Minstens had in de ontheffing moeten voorzien zijn dat het terrein moest worden beheerd in de tussenperiode. De Nederlandse rechtbank is echter, met verwijzing naar de voorliggende beleidsdocumenten inzake tijdelijke natuur, van oordeel dat het

tot ontwikkeling laten komen en het verwijderen van tijdelijke natuur als één handeling kan worden aanzien. Hiermee bevestigt zij dus de juridische houdbaarheid van de hoger geschetste benadering. Bijkomend stelt de rechtbank dat niet kan worden betwist dat de ontheffing in essentie gericht is op het belang van de verdere bescherming van de fauna en flora nu het de bedoeling is dat zich heel wat pionierssoorten op het terrein vestigen in de loop der jaren. Hoewel de uitspraak slechts betrekking heeft op één specifieke casus van tijdelijke natuur in Nederland, lijkt zij alvast aan te geven dat rechtszekerheid en natuurbehoud wel te verzoenen vallen bij de toepassing van tijdelijke natuur. De uitspraak is in beroep bevestigd door de Nederlandse Raad van State.⁵⁹

59. De vermelde juridische beslissingen hebben de Nederlanders overtuigd van de juridische houdbaarheid van hun concept. In 2011 werd een zogenaamde *Green Deal tijdelijke natuur* gesloten. Deze *Green Deal* verenigde een verrassende combinatie van partijen: het ging van private grondeigenaars (Havenbedrijf Amsterdam, Groningen Seaports) tot natuurorganisaties en het bevoegde Ministerie. De bedoeling was om in het kader van deze *Green Deal* praktische knelpunten bij de verdere uitvoering van het concept te detecteren en de nodige oplossingspistes voor te stellen. Bedoeling was onder meer uit te klaren in welke mate met tijdelijke natuur kan worden gewerkt in het kader van Natura 2000, sprake kan zijn van groepsontheffingen bij meerdere aanvragers en de aanvraagprocedure kan worden vereenvoudigd.

60. Dit resulteerde uiteindelijk in een nieuwe beleidslijn, die in 2015 in de Nederlandse Staatscourant werd gepubliceerd. Zoals hoger reeds aangegeven, werd tijdelijke natuur niet *a priori* uitgesloten in Natura 2000-context. In de beleidslijn merkt men op dat er wellicht niet snel een passende beoordeling diende te worden opgemaakt, aangezien tijdelijke natuur géén negatieve effecten met zich mee hoeft te brengen. Men stipte aan dat tijdelijke natuur in essentie betrekking heeft op spontante ontwikkeling (géén beheerverplichting, wél een mogelijkheid)

58 Rechtbank Amsterdam, 31 mei 2011, Stichting Milieucentrum Amsterdam en Haven Amsterdam t. de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie.

59 Nederlandse RvS, zaak nr. 201107589/1/A3 (2012).

én de natuur minimaal één jaar de kans moet krijgen om zich te ontwikkelen. Het bekomen van een groepsontheffing werd voorzien, waardoor ook een groep van grondeigenaren nu een ontheffing kon aanvragen. Men stapte ook af van de lastige inventarisatie (nulmeting) en de inschatting van de te verwachten soorten. Een landdekkend systeem met soortenlijst zou dit moeten verhelpen. De ontheffing tijdelijke natuur kan slechts maximum 10 jaar lopen. Bij het opruimen van de tijdelijke natuur moet de zorgplicht worden gerespecteerd.

4.3.3. Vlaamse terughoudendheid?

61. In Vlaanderen houdt men echter een slag om de arm. We hebben binnen Vlaanderen nog géén praktische ervaring met tijdelijke natuur. Uiteraard liggen er ook géén gerechtelijke uitspraken voor waarin het concept reeds aan bod kwam. In zekere zin is het jammer dat niemand in Nederland aan de rechter heeft voorgesteld om de kwestie via één of meerde prejudiciële vragen voor te leggen aan het Hof van Justitie te Luxemburg. Die instantie had immers meer duidelijkheid op dit punt kunnen verschaffen.

62. Omdat Vlaanderen ook luidop nadacht over de verdere toepassing van tijdelijke natuur, besloot men het innovatieve concept af te toetsen bij de Europese Commissie. Deze laatste instantie leek niet al te veel problemen te zien in het concept. Wat de verhouding met Natura 2000 betreft, stipte de Commissie in haar, toegegeven erg summiere, beoordeling van het concept 'tijdelijke natuur', aan dat het inderdaad hoogst onwaarschijnlijk is dat tijdelijke natuur tot nieuwe gebiedsaanwijzingen hoeft te leiden, al zeker wanneer de reeds aangemelde gebieden adequaat worden beheerd en beschermd.⁶⁰ Voor zover men met tijdelijke natuur zou willen werken binnen de context van bestaande Natura 2000-gebieden, gaf de Europese Commissie aan dat het moeilijk zou liggen om het wegnemen van tijdelijke natuur op voorhand te gaan vrijstellen van de verplichting tot het uitvoeren van een individuele habitattoets. Maar principieel zag men géén fundamentele tegen-

stelling tussen tijdelijke natuur en Natura 2000.

63. Meest fundamenteel was natuurlijk de vraag in welke mate de strikte voorschriften inzake soortenbescherming tijdelijke natuur onmogelijk zouden maken. De Europese Commissie lijkt de Nederlandse benaderingswijze wel genegen. Zij stelt dat *'er voldoende rechtszekerheid bestaat op basis van ad hoc-derogaties die zijn gebaseerd op artikel 16(1)(a) Habitatrichtlijn ('in het belang van de bescherming van de wilde flora en fauna en van de instandhouding van de natuurlijke habitats')*. Deze zienswijze is echter nadrukkelijk gebaseerd op uw verklaring, dat zodanige derogatie alleen wordt toegestaan ingeval een initiatiefnemer zonder dergelijke derogatie waarschijnlijk proactieve maatregelen zou nemen om de ontwikkeling van tijdelijke natuur te voorkomen'. Men kan er een voorwaardelijke goedkeuring in lezen van de éénhandelingsaanpak, althans voor zover blijkt dat de bestaande interpretatie van natuurwetten inderdaad projectontwikkelaars aanzet tot natuurwerende handelingen. Indien dat niet het geval zou zijn, zou tijdelijke natuur niet echt een meerwaarde inhouden.

64. Met dit al met al vrij 'redelijke' advies in de achterzak werd binnen Vlaanderen werk gemaakt van een Omzendbrief, die in essentie erg aansluit bij de Nederlandse aanpak. Men leek ervan overtuigd dat géén aanpassing van de wet- en regelgeving nodig was om tijdelijke natuur mogelijk te maken binnen Vlaanderen. Deze conclusie was op zich niet wereldschokkend. In eerder onderzoek was men reeds tot een gelijkaardige vaststelling gekomen, zij het steeds met de nodige reserves.⁶¹ Deze terughoudendheid blijkt ook aanwezig in het antwoord van de Europese Commissie, die finaal ook niet de bevoegde instantie is om EU recht te interpreteren. Dat is namelijk het Hof van Justitie. De Commissie benadrukt zelf dat nadere praktijkervaringen wenselijk zijn én dat het standpunt niet moet worden beschouwd als een 'definitief juridisch standpunt'.

65. Binnen de benadering van de ontwerp-Omzend-

60 EUROPESE COMMISSIE, Beoordeling van het concept 'Tijdelijke Natuur' in het licht van de Europese natuurregelgeving, 21 februari 2014, Fv/fl Ares (2014) 443595.

61 H. SCHOUKENS, A. CLIQUET & P. DE SMEDT, 'Tijdelijke Natuur. Overtreft de dynamiek van de natuur die van het natuurbehoudsrecht?', *TMR* 2010, 23-55.

brief kan een 'afwijking vooraf' inzake tijdelijke natuur worden verleend voor tien jaar en worden verlengd. Deze wordt verleend voor toekomstig aanwezig beschermde soorten en vegetaties. Er moet worden bekeken of géén sprake kan zijn van een 'ecologische val'. In voorkomend geval, zal een passende beoordeling noodzakelijk zijn. Personen die geïnteresseerd zijn in tijdelijke natuur moeten een startinventarisatie maken, waarbij de reeds aanwezige beschermde natuurwaarden moeten worden opgelijst. Deze natuurwaarden zijn de 'baseline' en kunnen dan ook niet worden weggenomen zonder toepassing van de algemene natuurbeschermingsregels.

66. Er wordt géén natuurontwikkelings- of beheer-verplichting voorzien in de Omzendbrief, al wordt de aanvrager wel aangemoedigd om een beheer te voeren, rekening houdend met de zorgplicht. Al zeker bij de eventuele verwijdering van tijdelijke natuur, waar rekening dient te worden gehouden met de schoontijd én translocatie ook kan worden overwogen. Nu niet op voorhand kan worden voorspeld welke soorten op het terrein aanwezig zijn, wordt de afwijking in beginsel toegekend voor alle soorten die vermeld staan in categorie 1 van de bijlage bij het Soortenbesluit (de soorten van 'regionaal belang'), alle in het wild levende vogelsoorten vermeld in categorie 2 (mits respect voor de schoontijd wordt opgenomen als vergunningsvoorwaarde) én voor een aantal strikt beschermde soorten uit categorie 3. Het gaat om de soorten waarvan men kan aannemen dat ze zich in situaties van tijdelijke natuur kunnen aandienen, zoals de Europese bever, de rugstreeppad, de kamsalamander, de poelkikker en de groenknolorchis. Voor specifieke locaties kunnen bijkomende soorten worden opgenomen wanneer zinvol.

67. Maar ook met deze regeling is géén absolute juridische zekerheid voorhanden. Zoals eerder reeds aangegeven, lijkt het geven van algemene derogaties moeilijk te liggen in het licht van de eisen van de EU natuurrichtlijnen, die een strikte individuele én ad hoc-beoordeling lijken te vooronderstellen.⁶² Natuur is immers onvoorspelbaar. En, gelet op de ongunstige staat van instandhouding van héél wat beschermde soorten binnen Vlaanderen, lijkt het

niet ondenkbaar dat het tijdelijk natuurgebied plots hét ultieme refugium wordt voor deze soorten. Deze kritiek kan deels worden ondervangen. Er is immers nog steeds sprake van een ad hoc-beoordeling, in het licht van de concrete omstandigheden en kenmerken van het betrokken terrein. Men kan een 'afwijking vooraf' weigeren wanneer er inderdaad een substantieel risico bestaat dat het gebied zou fungeren als een toekomstige 'ecologische val'. De zorgplicht zal steeds moeten worden gerespecteerd bij het wegnemen van tijdelijke natuur, hetgeen kan nopen tot 'translocaties' van beschermde soorten. En bovendien gaat het bij tijdelijke natuur sowieso om een 'surplus'.

68. Maar de hoger weergegeven kritiek lijkt ook om een andere reden niet geheel terecht. Immers, ook bij een doorsnee effectenrapport vertrekt men van allerlei aannames die later ook kunnen worden tegengesproken door de 'ecologische' realiteit. Er kunnen zich plots nieuwe soorten in een projectzone vestigen, die niet waren meegenomen in een effectenonderzoek. Ook een MER is in feite niet meer dan een risico-inschatting. Zo is de overheid verplicht om in te grijpen op vergunde projecten die, hoewel eerder onderworpen aan een passende beoordeling, alsnog aanleiding geven tot een verslechtering van een Natura 2000-gebied. Een passende beoordeling kan immers achteraf onvolkomen blijken of, in bepaalde gevallen, kunnen zich omstandigheden voordoen die gewoonweg niet te voorzien waren. Het algemeen geldende verslechteringsverbod uit artikel 6, lid 2 van de Habitatrichtlijn kan immers nog steeds om de hoek komen kijken. Eventueel zou men bij tijdelijke natuur ervoor kunnen opteren een nieuwe afwijking aan te vragen indien uit monitoring zou blijken dat zich alsnog andere beschermde soorten op het terrein vestigen dan voorzien.⁶³

69. Dat de ontwerp-Omzendbrief nog niet is aangenomen illustreert dat de bevoegde Minister op heden niet overtuigd lijkt van de juridische houdbaarheid van de gesuggereerde aanpak. Dat er géén absolute zekerheid bestaat over de vraag of een rechter bij een eventuele juridische procedure tegen het wegnemen van de tijdelijke natuur de eer-

62 Ibid, 49-51.

63 Voor een sprekend voorbeeld, zie: HvJ 14 januari 2016, zaak nr. C-399/14, Grüne Liga Sachsen eV ea.

der verleende afwijking zal honoreren, mag evenwel niet tot de conclusie leiden dat de Nederlandse één-handelingsaanpak op drijfzand is gebouwd. In het kader van een eventuele gerechtelijke procedure zal de Belgische rechter immers niet alleen geconfronteerd worden met de toestemming die van overheidswege was verleend voor het wegnemen van de tijdelijke natuur maar ook met expliciete beleidsdocumenten waaruit blijkt dat de overheid in algemene bewoordingen het gebruik van tijdelijke natuur promoot. Het zijn elementen die, zoals ook blijkt uit de hoger vermelde Nederlandse zaak, een rechter niet zomaar naast zich zal leggen. De kans dat een tijdelijk natuurgebied alsnog uitgroeit tot een ultieme ‘safe haven’ voor een bedreigde pionierssoort lijkt bovendien erg beperkt. Deze soorten verdwijnen immers sowieso door natuurlijke successie en men kan in risicosituaties alsnog ervoor opteren de afwijking vooraf simpelweg niet toe te kennen.

4.3.4. Absolute juridische zekerheid?

70. De ultieme juridische zekerheid ligt echter voor het grijpen, althans mits men het nodige geduld oefent en enigszins ‘out of the box’ denkt. Men zou, zelfs bij afwezigheid van een Omzendbrief, een pilot kunnen uitdenken, waarbij een afwijking vooraf wordt verleend voor tijdelijke natuur binnen Vlaanderen, die vervolgens wordt aangevochten bij de Raad van State door een milieuvereniging. In dat kader zou men dan alle mogelijke bezwaren vanuit EU-rechtelijk oogpunt kunnen opwerpen, met name het gebrek aan een *in concreto*-beoordeling tien jaar vooraleer de natuur wordt ‘weggeruimd’ en het beroep op de specifieke derogatieclausule uit artikel 16(1)(a) van de Habitatrichtlijn. Men zou de administratieve rechters ervan moeten overtuigen dat zich fundamentele prejudiciële vragen opdringen. In een ideaal scenario wordt de zaak doorgestuurd naar Luxemburg, waar het Hof van Justitie zich over het vraagstuk kan buigen.

71. Wanneer de rechters in Luxemburg hun ‘fiat’ geven voor tijdelijke natuur, lijken de juridische risico’s wel erg beperkt. Indien de rechters alsnog sceptisch blijken, vormt dit géén probleem. Lopende de juridische procedures is het immers weinig zinvol om reeds uitvoering te geven aan de ‘afwijking vooraf’. die hypothese zet de betrokken project-

ontwikkelaar zijn natuurverwerende handelingen gewoon verder. Het zojuist geschetste scenario lijkt ‘much ado about nothing’ en gekunsteld, maar niettemin valt het te overwegen boven jarenlange stilstand met blijvende juridische onzekerheden.

4.4. Alternatieve scenario's: naar vrijstellingen en een gedragscode?

72. Nederland zou Nederland niet zijn indien zij niet luidop nadenken over manieren om het concept tijdelijke natuur nog aantrekkelijker te maken voor projectontwikkelaars. Of men er nu voor opteert om tijdelijke natuur te integreren in een soortenbeschermingsprogramma, of simpelweg een ‘afwijking vooraf’ indient, in beide gevallen moet men nog een aantal belangrijke administratieve hordes nemen. Zoals eerder aangeven, lijkt het uitgesloten om over te gaan tot het verlenen van een *carte blanche*-ontheffing, die het gehele plangebied zou omvatten. In Nederland lijkt men echter recent wel het verlenen van een ‘generieke ontheffing’ genegen. Zo heeft men in Flevoland een ‘generieke ontheffing’ verleend van de verbodsbepalingen van de Flora- en Faunawet voor allerhande ruimtelijke projecten⁶⁴ in de Noordoostpolder op grond van een managementplan.⁶⁵ Door het verlenen van deze generieke

64 Het gaat om de volgende projecten (niet-limitatief): het bouw- en woonrijp maken van gebieden; het bouwen van een woonwijk, kantoorpand, kassen of een windmolenpark; het aanleggen van (spoor)wegen, fietspaden, voetpaden en kanalen; het aanleggen of versterken van waterkeringen; het aanleggen van kabels en leidingen; het plaatsen van damwanden; het aanleggen of renoveren van bruggen en duikers; het aanleggen van recreatieterreinen en bossen; het ontwikkelen en inrichten van natuurgebieden; het dempen van watergangen; het opspuiten van grond; grondverzet, waaronder het aanleggen van gronddepots en het verplaatsen van gebiedseigen grond; het saneren van vervuilde bodems. De generieke ontheffing kan worden geraadpleegd op de volgende website: <http://www.flevoland.nl/producten-en-diensten/rugstreeppaddenmanagement/ontheffing-rugstreeppadmanagementplan.pdf> (geraadpleegd op 10 mei 2016).

65 R.J.W. DE NOOIJ, Ruimte geven, ruimte nemen. Een managementplan voor de Rugstreeppad in de Noordoostpolder, 2007, Radboud Universiteit Nijmegen, Nijmegen, 42p. Het plan kan worden geraadpleegd op de volgende website: <http://www.flevoland.nl/producten-en-diensten/rugstreeppaddenmanagement/index.xml> (geraadpleegd op 10 mei 2016).

ontheffing is het niet langer noodzakelijk om bij elk apart bouwproject opnieuw een beoordeling op te maken. Het is een benadering die – misschien wel terecht – niet is gevolgd in het kader van het soortenbeschermingsprogramma dat in 2014 is opge maakt voor de Antwerpse haven, waar nog steeds een ad hoc-beoordeling nodig is voor elke expliciete ingreep.

73. Het is nog maar de vraag of deze visie, die ook in de context van tijdelijke natuur denkbaar is, verenigbaar is met de Habitatrichtlijn.⁶⁶ De eis van een *in concreto*-beoordeling lijkt ook een belangrijke hinderpaal te vormen voor een benadering waarbij men zou opteren om het werken met tijdelijke natuur op algemene gronden te gaan vrijstellen van de voorschriften inzake soortenbescherming mits het respecteren van een ‘gedragscode’. Nochtans is dit een piste die men in Nederland de komende jaren wil bewandelen. Hoewel een vrijstelling van de voorschriften inzake soortenbescherming voor tijdelijke natuur het meeste effect zou ressorteren op het vlak van administratieve vereenvoudiging – in dat geval dient immers géén aparte afwijkingsprocedure te worden doorlopen – wordt het niet eenvoudig om in één algemeen toepasbare gedragscode te anticiperen op alle mogelijke situaties waarin met tijdelijke natuur zou worden gewerkt.

74. Binnen het Vlaamse natuurbehoudsrecht is werken met gedragscodes mogelijk, met name in het kader van de natuurzorgplicht uit artikel 14 van het Natuurdecreet. Voor zover men een meer algemeen gebruik van dit instrument zou willen promoten, bijvoorbeeld in functie van tijdelijke natuur, lijkt het echter ook noodzakelijk om de tekst van het Soortenbesluit te wijzigen. Het Nederlandse idee om met meer algemene gedragscodes te werken mag dan vanuit pragmatisch oogpunt als muziek in de oren klinken, EU-rechtelijk bekeken lijkt het verre van evident. Elke vorm van ad hoc-beoordeling lijkt immers uitgesloten in zo’n scenario.

66 H. SCHOUKENS, ‘De recente rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot de Habitatrichtlijn: enkele nuttige lessen voor de toepassing van Natura 2000 in Vlaanderen’, *TMR* 2011, 526.

75. Wat uiteraard wel mogelijk lijkt, is dat men een algemene vrijstelling in het Vlaamse natuurbehoudsrecht voorziet inzake tijdelijke natuur of voor pionierssituaties. Binnen de Duitse natuurregeling zou dit al gebeurd zijn. Zo’n aanpassing lijkt op zich niet veel voeten in de aarde te hebben. Maar dan enkel wanneer zij is gelimiteerd tot regionaal beschermde vegetaties en soorten. Met betrekking tot deze soorten is Vlaanderen immers op zich niet gebonden aan een relatief strikt EU-rechtelijk kader. Voor EU beschermde soorten lijkt een algemene vrijstelling (mits gedragscode) sowieso ‘off chart’ aangezien in dat geval géén individuele toets meer mogelijk is bij het verlenen van een derogatie.⁶⁷

76. Overigens vergt het de moeite na te gaan in welke mate tijdelijke natuur inpasbaar is in de zogenaamde geïntegreerde beheerplannen, die met de wijziging van het Decreet Natuurbehoud in 2014 zijn ingevoerd in het Vlaamse natuurbeleid en die beogen natuurbeheer open te stellen voor iedere geïnteresseerde.⁶⁸ Conform de nieuwe regels wordt het natuurbeheerplan hét instrument bij uitstek voor terreinen die worden beheerd ten behoeve van het natuurbehoud.

77. Ook privé-eigenaars kunnen zo’n plan opmaken voor gronden die zij ecologisch wensen op te waarderen én, niet onbelangrijk, afhankelijk van het ambitieniveau kunnen zij hiervoor subsidies verkrijgen. Zo is sprake van een natuurbeheerplan type twee, wanneer minstens op één vierde van de oppervlakte een natuurstreefbeeld wordt nagestreefd. Het lijkt niet ondenkbaar om tijdelijke natuur, mits gekoppeld aan beperkte beheeracties, ook te kwalificeren als natuurbeheer type twee. Men zou tijdelijke natuur kunnen kaderen als een specifiek natuurstreefbeeld.

78. Niettemin lijkt de decretale omschrijving van een beheerplan vooralsnog niet echt afgestemd op tijdelijke natuur. Men zal zich bijvoorbeeld de

67 H. SCHOUKENS, A. CLIQUET & P. DE SMEDT, ‘Tijdelijke Natuur. Overtreft de dynamiek van de natuur die van het natuurbehoudsrecht?’, *TMR* 2010, 53-55.

68 Zie meer uitgebreid: H. SCHOUKENS, A. CLIQUET & G. VAN HOORICK, ‘Het vernieuwde Natuurdecreet: a Game Changer’, *TOO* 2014, 478-482.

vraag moeten stellen of men effectief ook beperkte subsidies wenst te voorzien voor het beheer van tijdelijke natuur. Ook zal men de rechtsgevolgen die aan een natuurbeheerplan kleven moeten herdenken. Op heden heeft de decreetgever veel aandacht geschonken aan de opvolging en monitoring van de geleverde natuurbeheeracties. Zo is in artikel 8 van het Decreet (*standstill*beginsel) voorzien dat de resultaten (verhoogde natuurkwaliteit) ten gevolge van de inspanningen die ten behoeve van het natuurbehoud zijn geleverd in het kader van een beheerplan en die geheel of gedeeltelijk zijn gefinancierd met overheidsgeld, niet zomaar verloren kunnen gaan. Bij tijdelijke natuur zal dit nu net wel het geval zijn, aangezien de natuurontwikkeling op termijn plaats zal moeten ruimen voor economische ontwikkelingen. Ook moet men expliciet voorzien dat het beheerplan ook kan gelden als afwijking op de voorschriften inzake strikte soorten- en vegetatiebescherming, om de nodige rechtszekerheid te geven aan de projectontwikkelaars.

5. Strengths and weaknesses?

5.1. Voordelen

79. In Vlaanderen is men voorlopig nog niet toe aan tijdelijke natuur. Nochtans zijn de potenties van het concept ondertussen welbekend. Deze zijn hoger reeds toegelicht. Tijdelijke natuur vormt hét instrument bij uitstek om natuurbeheer te promoten op privéterreinen zonder groene bestemming, net die gronden die buiten de scope van het traditionele natuurbeleid vallen (dat zich sterk focust op beschermde natuurgebieden) en waar bijgevolg heel wat natuurwinst te rapen valt. Op die manier kan tijdelijke natuur complementair zijn aan de geïntegreerde natuurbeheerplannen, die eerder gericht blijken op de stimulering van permanent natuurbeheer.

80. In tegenstelling tot andere instrumenten – zoals een handel in biodiversiteitsrechten waarbij projectontwikkelaars ‘*biodiversity credits*’ kunnen aankopen bij het ontwikkelen van nieuwe terreinen – is tijdelijke natuur ook minder afhankelijk van ruimtelijke ontwikkelingen voor haar voortbestaan. Tijde-

lijke natuur vooronderstelt géén marktbenadering van biodiversiteit. Het reduceert natuurontwikkeling niet noodzakelijk tot een ‘commodity’. Het wenst enkel een surplus te creëren voor beschermde soorten en vegetaties. Dat sommige projectontwikkelaars uiteindelijk zullen afzien van de economische ontwikkeling van hun terrein, zal overigens niets veranderen aan de populariteit ervan. In die zin zou men kunnen opperen dat het een zuiverder instrument is dan de meer economisch getinte benaderingen van natuurbescherming die de voorbije jaren opgang maken.⁶⁹ Zoals hoger is gebleken, is een afzwakking van de bestaande natuurregels niet noodzakelijk om het werken met tijdelijke natuur aantrekkelijk te maken.

81. Maar, nog belangrijker, is de vaststelling dat met tijdelijke natuur landeigenaars niet langer als een ‘lijdend voorwerp’ worden bekeken van het natuurbeleid. Er is sprake van een meer evenwichtige aanpak van natuurbescherming, waarmee nieuwe opportuniteiten voor natuurbescherming worden gecreëerd mits instemming van zowel de landeigenaar als de bevoegde overheidsinstantie. Landeigenaars worden meer benaderd als evenwaardige partners aan de onderhandelingstafel, die zelf kunnen kiezen of zij hun land openstellen voor tijdelijke natuur. Het is een benadering die erg verschilt van de ‘*command and control*’-approach die het klassieke natuurbehoudsrecht vorm geeft. Daarmee is echter niet gezegd dat er géén nood is aan laatstgenoemde aanpak. Maar tijdelijke natuur kan de scherpe kantjes van een strikt preventiebeleid enigszins verzachten. De privé-eigenaars kunnen beslissen om alsnog terug te gaan naar de baseline, indien gewenst in functie van economische ontwikkeling. Maar ondertussen hebben pionierssoorten al hun graantje kunnen meepikken. Overigens, er kan worden aangenomen dat, zoals ook blijkt uit de ervaring met de *safe harbor agreements*, landeigenaars de smaak van natuurbeheer te pakken krijgen en ook gemakkelijker zullen opteren voor permanent natuurbeheer op bepaalde van hun terreinen. Op die manier kan tijdelijke natuur fungeren als wegbereider voor

69 Over ‘biodiversity offsetting’, zie: H. SCHOUKENS, ‘Biodiversity banking: voorbij de tegenstelling natuur en ecologie’, *MER* 2015, 197-215.

andere vormen van natuurbeheer, al dan niet mits subsidie van overheidswege.

5.2. Nadelen en risico's

82. Hiermee is echter niet gezegd dat de eventuele invoering van het concept tijdelijke natuur binnen het Vlaamse natuurbeleid niet de nodige risico's met zich kan meebrengen.⁷⁰ Er mag worden verwacht dat natuurorganisaties de nodige koudwatervrees zullen hebben om dit concept te gaan promoten bij hun achterban. Al zeker omdat een aantal van de soorten waarop tijdelijke natuur zich richt, zich nu reeds in een ongunstige staat van instandhouding bevinden. In die zin lijkt het risicovol om nu een 'safe harbor' aan te bieden voor projectontwikkelaars die op termijn ook de natuur zullen wegnemen. Het zal dan ook cruciaal zijn om te verzekeren dat het bij tijdelijke natuur enkel om een 'surplus' gaat. Vooralsnog lijkt het zowel in Nederland als recent in Vlaanderen niet de bedoeling om tijdelijke natuur te gaan inzetten als instrument om de Europese natuurdoelen te gaan behalen. Dat lijkt inderdaad een goede zaak.

83. Men moet in elk geval vermijden dat de politiek tijdelijke natuur gaat aangrijpen als een handig middel om minder in te zetten op permanent natuurbeheer. Dit kan niet de bedoeling zijn gelet op de slechte staat van de natuur in onze regio's. Tijdelijke natuur mag sowieso géén excuus vormen om niet verder werk te maken van permanent beschermde natuurgebieden, ook voor pionierssoorten die het goed zouden doen op tijdelijke natuurgebieden. Een situatie waarin 50% van de populatie van rugstreeppadden in Vlaanderen zich zou bevinden binnen tijdelijke natuurgebieden lijkt niet wenselijk, al zeker niet wanneer de soort zich in een ongunstige staat van instandhouding bevindt. Men kan dit ook vermijden door ontheffingen of afwijkingen voor tijdelijke natuur te weigeren wanneer zou blijken dat zij ertoe zouden kunnen leiden dat een populatie van strikt beschermde soorten, die zich op dit moment in een permanent beschermd natuurgebied bevindt,

zich alsnog zou gaan verplaatsen naar een tijdelijk natuurgebied.

84. Duidelijke communicatie lijkt van belang, alleen al om te vermijden dat omwonenden tijdelijke natuur als een verworvenheid zien. Verder is een precieze afbakening van het concept onontbeerlijk om verdere misbruiken of misverstanden te voorkomen. Heldere communicatie zal vermijden dat buurtbewoners alsnog naar de rechter zouden stappen wanneer de natuur wordt verwijderd.

85. Evenzeer dient men op zijn hoede te zijn voor eventuele misbruiken van tijdelijke natuur op het terrein. Zo is het niet ondenkbaar dat bepaalde projectontwikkelaars tijdelijke natuur als een handig trucje gaan gebruiken om ook reeds aanwezige beschermde soorten op hun terrein te verwijderen. Op die manier zou tijdelijke natuur leiden tot een wel erg perverse uitkomst voor de biodiversiteit. Het lijkt daarom ook aanbevelenswaardig om tijdelijke natuur te beperken tot natuurarme situaties of minstens steeds na te gaan of een correcte startinventarisatie op het terrein is doorgevoerd. Projectontwikkelaars zullen immers de neiging hebben om de *baseline* zo laag mogelijk te leggen, zelfs wanneer er zich reeds waardevolle natuurelementen op het terrein bevinden. Op die manier worden hun toekomstige economische ontwikkelingen niet noodloos verder gehypothekeerd.

86. Strikte controle en toezicht zijn aan de orde. Zeker in de beginjaren. Hoewel binnen de voorliggende ontwerp-Omzendbrief voorlopig niet expliciet lijkt voorzien in een monitoringsverplichting, moet het Agentschap voor Natuur en Bos op de hoogte worden gebracht wanneer de natuur wordt opgeruimd. Bovendien is tijdelijke natuur niet in alle gevallen wenselijk. Het lijkt bijvoorbeeld niet echt zinvol om tijdelijke natuur in te zetten voor soorten, zoals de wilde hamster, die op de rand van uitsterven staan.

87. Ook moet men vermijden dat tijdelijke natuur wordt verward met mitigatie of compensatie voor schadelijke projecten. Hoewel tijdelijke natuur in Vlaanderen reeds eenmalig is gehanteerd als compensatie, lijkt dit géén navolgbaar voorbeeld. Niet

70 Zie meer uitgebreid: H. SCHOUKENS, 'Habitat Restoration on Private Lands in the United States and the EU: Moving from Contestation to Collaboration', *Utrecht Law Review* 2015, 52-55.

alleen vereisen de EU natuurrichtlijnen dat sprake is van effectieve, lange termijn-compensaties, het zou ook de volledige filosofie achter het tijdelijke natuurverhaal op de helling zetten. In die zin lijkt het niet echt verkieslijk om tijdelijke natuur te gaan integreren in een algemene vergunningsaanvraag, waarin ook de nodige mitigerende en compenserende maatregelen vervat zitten. Het mag dan in de feiten wel gaan over dezelfde zaken - natuurontwikkeling op privé-gronden - er is wel een hemelsbreed verschil tussen mitigatie/compensatie, die gericht is op het vermijden van een nettoverlies van natuurwaarden door economische ontwikkelingen, en tijdelijke natuur, dat gericht is op het creëren van een (tijdelijke) surplus voor pionierssoorten. Het vermengen van beide gegevens lijkt een *'recipe for disaster'*, zeker in het licht van de strikte rechtspraakontwikkelingen inzake mitigatie en compensatie van de voorbije jaren.

88. Tot slot moet worden herhaald dat tijdelijke natuur enkel zin heeft indien blijkt dat er inderdaad op grote schaal sprake is van natuurwerend gedrag. Indien dit niet het geval is, zou tijdelijke natuur ironisch genoeg tot meer natuurverlies kunnen leiden. In sommige gevallen zou 'onbedoelde' tijdelijke natuur sowieso kunnen leiden tot permanente natuur. Wanneer het instrument van tijdelijke natuur op de voorgrond treedt, is op zich reeds duidelijk dat de natuur op termijn gaat verdwijnen. Zoals de Europese Commissie ook terecht aangeeft, is tijdelijke natuur enkel zinvol indien natuurwerend gedrag de regel is.

6. Conclusie

89. Tijdelijke natuur gaat vlot over de tongen. Met tijdelijke natuur ligt eindelijk een instrument voor om natuurbeheer op privéterreinen buiten groene bestemmingen op de voorgrond te plaatsen zonder daarbij afbreuk te doen aan de uitgangspunten van de natuurbeschermingswetgeving. Zoals het Nederlandse voorbeeld aantoont, gaat het bij tijdelijke natuur om een positief verhaal, voorbij de klassieke zwart-wit tegenstelling tussen natuur en economie. Een benadering waarbij natuurverenigingen en bedrijven tot compromissen kunnen komen zonder hun eigen fundamentele waarden te verloochenen.

Tijdelijke natuur kan permanente natuurwinst opleveren op terreinen die reeds decennialang verloren zijn gegaan voor het natuurbeleid. Men droomt ondertussen van 40.000 hectaren tijdelijke natuur in Nederland. Terreinen die nu al te vaak bloot staan aan natuurwerende maatregelen.

90. Na jaren van onderzoek én studiewerk, lijkt ook in Vlaanderen de tijd rijp voor een expliciete standpuntname vanwege de overheid. Enkele bedrijven staan in de coulissen te trappelen om werk te maken van tijdelijke natuur op hun gronden. Ook in Vlaanderen zouden veel bedrijven terrein doelbewust natuurvrij houden. Tijdelijke natuur zou dit contraproductief gedrag kunnen beëindigen. De slechte staat van de Vlaamse biodiversiteit maakt dat elke additionele inspanning, zelfs al is ze op zich bekeken dan van tijdelijke van aard, meer dan welkom is. Mogelijk kan tijdelijke natuur zelfs leiden tot een duurzame paradigmashift bij ondernemers en grondeigenaars, die op basis van positieve ervaringen met tijdelijke natuur vaker bereid zullen zijn om bepaalde vormen van permanent natuurbeheer op hun terrein te overwegen.

91. Nochtans lijkt de nodige terughoudendheid te bestaan bij de Minister om alsnog werk te maken van een expliciet beleidskader. Dat is enigszins begrijpelijk. Indien slechts zelden sprake zou zijn van natuurverwerend gedrag, biedt tijdelijke natuur géén meerwaarde. De vraag rijst of dit het geval is. Absolute juridische zekerheid over de houdbaarheid van de gesuggereerde oplossingspistes bestaat er sowieso niet. Tenzij men alsnog een proefproject zou opstarten en men via gerechtelijke procedures poogt om de juridische hangijzers tot bij de rechters van het Hof van Justitie in Luxemburg te krijgen.

92. Maar de afwezigheid van absolute juridische garanties hoeft op zich ook niet te deren. Mits afdoende omkadering en strikt toezicht lijkt de marge voor misbruiken beperkt. En het gaat bij tijdelijke natuur nog steeds om het creëren van extra natuurontwikkelingsmogelijkheden. Bovendien kan men als jurist slechts zelden 100% juridische garanties bieden aan een projectontwikkelaar, ook buiten de context van tijdelijke natuur. Een projectontwikkelaar die een vergunning heeft verkregen op basis

van een goedgekeurd effectenrapport, kan later alsnog verplicht worden zijn vergunde exploitatie aan te passen indien sprake is van gewijzigde milieumomstandigheden. 100% juridische garanties bestaan niet binnen het hedendaagse milieurecht, ook niet bij tijdelijke natuur.

93. Tijdelijke natuur vormt dan wel niet het definitieve antwoord op de huidige biodiversiteitscrisis, het biedt wel unieke opportuniteiten voor bijkomende natuurwinst. Het sluit ook aan bij de vaststelling dat de biodiversiteitscrisis niet zal worden gestopt met beschermde natuurgebieden alleen. Men moet ambitieuzer durven zijn. Wél zal het zaak zijn de precieze randvoorwaarden van dit concept duidelijk af te bakenen zodat misbruiken worden vermeden. Tijdelijke natuur mag niet verworden tot een PR-instrument voor bedrijven die elders permanente natuur laten verdwijnen. Net daarom is een duidelijker regulerend kader van cruciaal belang. ■